

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les informations médicales dans la relation de travail

Rosier, Karen; HAUTENNE, N.; GILSON, Steve

Published in:
Orientations

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rosier, K, HAUTENNE, N & GILSON, S 2005, 'Les informations médicales dans la relation de travail', *Orientations*, p. 61-95.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les informations médicales dans la relation de travail

Nathalie Hautenne

Avocate au Barreau de Nivelles
Assistante à la Faculté de droit de l'U.C.L.
Chargée de cours à l'I.C.H.E.C. et au C.P.F.B.

Karen Rosier

Avocate au Barreau de Bruxelles (Stibbe)
Chercheuse au Crid (FUNDP)

Steve Gilson

Avocat au Barreau de Namur (Delvaux, Van de Laer & Gilson)
Assistant à la Faculté de Droit de l'U.C.L.
Chargé de cours à l'I.C.H.E.C., à l'E.P.H.E.C. et au C.P.F.B.

Objet de l'étude

L'objet de la présente contribution consiste à analyser certaines règles de droit du travail présidant à la collecte, au traitement et à l'utilisation des données médicales dans la relation de travail à la lumière des principes relatifs à la protection de la vie privée et des dispositions prohibant la discrimination. Nous n'aborderons donc pas la problématique de la collecte, du traitement et de l'utilisation des données médicales en droit de la sécurité sociale¹.

Nous ne tenterons pas de donner une définition préalable et uniforme de la notion d'« information médicale ». En effet, selon les législations applicables en la matière, le concept de donnée ou d'information médicale peut recevoir une acception variable, sous des vocables d'ailleurs différents. La notion « d'information médicale » que nous proposons d'examiner est entendue ici de manière large pour se référer à toute information relative à l'état de santé actuel ou futur du travailleur, et ce, à défaut de concept uniforme. Sous ce vocable général, nous pourrions dès lors appréhender une information précise telle que celle visant une maladie ou un handicap mais également une information plus globale telle qu'un « état d'incapacité » qui n'est en fait que la répercussion sur la capacité professionnelle d'un travailleur d'une maladie ou d'un accident sans que la cause de celle-ci ne soit précisée. Pour aborder certaines législations, telle la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère per-

sonnel, nous nous rallierons cependant à la terminologie propre utilisée par celles-ci et à la portée que lesdits termes reçoivent au sein de ces législations spécifiques.

Enjeux

Les données médicales revêtent une importance fondamentale dans la relation de travail et ce, tant pour l'employeur que pour le travailleur. L'état de bonne santé du travailleur va, en effet, souvent conditionner l'engagement et l'exécution du contrat. Au contraire, une incapacité de travail va entraîner la suspension du contrat de travail et, parfois, la cessation de celui-ci. Plus fondamentalement encore, il convient de rappeler que le contrat de travail, loin d'être seulement un contrat conclu *intuitu personae* en la personne du travailleur, est également un contrat dont l'objet, analysé juridiquement comme un travail² porte en fait sur la mise à disposition du corps et de la force, manuelle et/ou intellectuelle, du travailleur³ bien que celui-ci fût théoriquement hors commerce au sens de l'article 1128 du Code civil⁴. Comme le relève A. SUPLOT, « le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat »⁵. Dans ce cadre, en vertu de l'article 1129 du code civil l'objet contractuel doit être possible. L'aptitude physique devient dès lors une condition *sine qua non* de validité du contrat,

¹ Voyez à cet égard, en lien avec l'obligation de motivation formelle des décisions administratives, quelques éléments et références citées in : S. GILSON, « La motivation formelle des actes administratifs en droit social », *La motivation formelle des actes administratifs, une exigence contagieuse*, La Charte (à paraître), 2005.

² Sur la pudeur du droit à aborder le corps dans sa dimension biologique, voyez A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 2^{ème} édition, 2002, p. 51.

³ Voyez M. JAMOULE, *Le contrat de travail*, T.1, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1982, p. 385.

⁴ Voyez pour cette analyse : A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, o.c., pp. 54 et s.

⁵ *Id.*, pp. 59-60.

principe civiliste que le droit social a oblitéré notamment sous l'angle des suspensions de contrat¹ mais dont a su se souvenir la Cour de cassation en appliquant prétoriennement la théorie de la force majeure à l'impossibilité définitive d'exercer la fonction convenue. Le droit du travail fut d'ailleurs à son origine un droit de la protection des corps² et la surveillance de la santé du travailleur y a gardé une place fondamentale. Il convient en effet de rappeler, en lien direct avec cette genèse du droit social, que le travail fut longtemps (et l'est encore dans certains cas) une des causes de détérioration de la santé du travailleur, que l'on songe, sans même envisager les risques professionnels *stricto sensu*, aux déplorables conditions sanitaires et à la misère qui ont transformé la condition ouvrière au XIX^e siècle en une « question sociale » à l'origine du droit social³.

Il est banal également de rappeler que les informations médicales, compte tenu de leur caractère confidentiel, caractère notamment protégé de longue date par le secret médical, sont des informations personnelles et qui ressortissent au premier plan de la vie privée de chacun. C'est sans aucun doute une des premières illustrations du fait que la vie privée du travailleur ne s'arrête pas à la porte de l'entreprise.

La collecte et le traitement de ces données par l'employeur dans le cadre de la relation de travail oppose dès lors deux intérêts antagonistes : celui de l'employeur qui entend obtenir ou vérifier une information médicale qu'il estime utile dans le cadre de la relation de travail et celui du travailleur qui désire protéger son intimité. Les règles classiques du droit du travail sont parvenues sur ce point à des compromis bien connus. Nous pensons par exemple au droit de contrôle par l'employeur de l'incapacité de son travailleur. Néanmoins, les relations de travail sont frappées également par l'irruption d'une multitude de règles relatives à la vie privée qui sont parfois méconnues. Un des objets de cette étude consiste à évaluer l'impact de ces dispositions sur la relation de travail.

Enfin, nul ne peut plus ignorer l'emprise croissante des dispositifs visant à lutter contre la discrimination. Ces dispositions nouvelles visent fréquemment l'état de santé comme étant un des critères de discrimination et un examen du droit social « classique » à l'aune de

ces principes s'impose notamment en ce qui concerne les informations médicales.

Plan

Notre exposé sera divisé en deux parties. Dans la première nous évoquerons l'application des principes généraux relatifs à la protection de la vie privée et à l'interdiction de discrimination dans la relation de travail en ce qui concerne les informations médicales. Dans la seconde, nous analyserons certains aspects de la collecte, du traitement et de l'utilisation des informations médicales dans le cadre de la relation de travail en envisageant successivement la sélection, l'exécution, la suspension et la cessation du contrat.

I. Les informations médicales et les principes généraux relatifs à la protection de la vie privée et à l'interdiction de discrimination dans la relation de travail

1. Les informations médicales et les principes généraux relatifs au respect de la vie privée dans la relation de travail

a) Introduction

Nous ne nous attacherons pas, dans le cadre de cet article à définir la notion de vie privée, notion complexe et imprécise s'il en est. Il nous suffit de constater que l'ensemble des données relatives à la santé ainsi que la pratique de tout examen médical, si banal et si peu intrusif soit-il, relève de la sphère de la vie privée de la personne concernée. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'Homme s'est prononcée à diverses reprises sur la pratique des examens médicaux obligatoires en décidant que « toute atteinte à l'intégrité physique, et donc tout traitement médical, même d'importance mineure, constitue une ingérence dans le droit pour la personne au respect de sa vie privée »⁴.

Par ailleurs, le fait que ces données soient collectées dans le cadre de la relation de travail ne suffit pas à leur conférer un caractère professionnel et à évacuer ainsi la question de l'atteinte à la vie privée du travailleur ou du candidat. Rappelons, en effet, l'étroite im-

¹ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, T.1, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1982, p. 317.

² Au départ limité à la protection des femmes et des enfants (L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, Faculté de droit, Liège, 1974, pp. 70 et s.), dans une optique paternaliste visant à assurer le potentiel reproductif de la main d'œuvre (Voyez not. A. SUPLOT (sous la dir. de), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999, p.241).

³ L. FRANÇOIS, *o.c.*, pp. 30 et s. ; sur le même thème notamment : B. CASSOU (sous la direction de), *Les risques du travail. Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, Paris, la Découverte, 1985, 640 p.

⁴ Comm. eur.D.H., D 21132/93 (PETERS C. PAYS-BAS), 6 avr. 1994, D.R. 77-A, p. 75 ; Comm. eur.D.H., D 20872/92 (A.B. C. SUISSE), 22 févr. 1995, D.R. 80-A, p. 66 ; Comm. eur.D.H., D 22398/93 (J.R., G.R. ET Y.R. C. SUISSE), 5 avr. 1995, D.R. 81-A, p. 61 ; Comm. eur.D.H., D 17667/91 (G. JEHL-DOBERER C. SUISSE), 1^{er} sept. 1993.

brication qui existe entre vie privée et vie professionnelle consacrée notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt NIEMITZ C. ALLEMAGNE : « Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »¹. Et la Cour d'ajouter : « C'est dans le travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »². La Cour considère encore, à la suite de la Commission, qu'il n'est pas toujours possible de démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort.

b) Article 8 de la de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales

Il n'existe, en droit du travail belge, aucune norme qui, de manière générale, protège la vie privée du travailleur salarié et limite le pouvoir de direction de l'employeur en ce sens. Ainsi, c'est à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales³ qu'il faut se référer comme disposition protectrice de base.

L'article 8, al. 1^{er}, de la Convention européenne des Droits de l'homme consacre le droit au respect de la vie privée en ces termes : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Toutefois, le droit au respect de la vie privée n'est pas un droit absolu. Ainsi, l'article 8 al.2 de la Convention dispose que :

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Cet article rappelle ainsi que les principes de légalité, de finalité et de proportionnalité⁴ doivent être respectés pour qu'une ingérence, fut-elle commise par un

particulier⁵, soit conforme à l'article 8. Tout d'abord, l'ingérence doit être prévisible, c'est-à-dire prévue par une loi. De plus, l'ingérence doit poursuivre un des buts légitimes limitativement énoncés dans l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention. Enfin, l'ingérence doit être une mesure « nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce but ». La Cour européenne des droits de l'homme a décidé, dans l'arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988 que « ... la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionné au but légitime recherché... »⁶. Il s'agit de vérifier « si un juste équilibre a été ménagé entre ce but et le droit en cause, tenant compte de son importance et de l'intensité de l'atteinte portée »⁷. C'est le principe de proportionnalité⁸.

Finalement, comme le décrit F. RIGAUX⁹, il s'agira de résoudre, en pondérant les intérêts en présence, un conflit qui oppose soit deux libertés fondamentales, soit une telle liberté et l'intérêt général, soit « à évaluer la restriction qu'il est justifié d'apporter à une liberté individuelle en raison d'une nécessité sociale ». Dans ce cadre, le contrôle de proportionnalité revêt une grande importance.

Rappelons enfin que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme prime une loi nationale qui se révélerait incompatible avec l'exigence de respect dû à la vie privée qu'elle protège¹⁰.

Dans le contexte des relations professionnelles et conformément à l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, une ingérence dans la vie privée de la personne est légitime pour autant qu'elle soit prévue par une loi et qu'elle soit nécessaire, dans une société démocratique à la poursuite de certains objectifs¹¹. Parmi ces objectifs, seuls nous semblent pertinents pour envisager la problématique des tests médicaux, les objectifs de protection de la santé et de protection des droits et libertés d'autrui.

¹ Cour eur.D.H., arrêt NIEMITZ C. ALLEMAGNE du 16 déc. 1992, *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 468, §. 29 et *Public. Cour.eur.D.H.*, 1992, série A n° 251-B, § 29 ; voy. également Cour eur. D.H., arrêt C. C. BELGIQUE du 7 août 1996, *Rec. Cour.Eur.D.H.*, 1996, III, p. 915, § 25.

² C. eur. D. H., arrêt NIEMITZ C. ALLEMAGNE, *o.c.*, § 29.

³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955 (*M.B.*, 19 août 1955), entrée en vigueur le 14 juin 1955.

⁴ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », *La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, sous la direction De L.-E. PETIT, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, Paris, Economica, 1995, pp. 323-351.

⁵ Il a en effet été répondu positivement à la question de savoir si l'alinéa 2 de l'article 8 s'appliquait également aux relations entre personnes privées : Doc. DH/Exp. (70) 15, §. 37 cité par J. VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1974, p. 56 ; J. VELU et R. ERGEC, « La convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire pratique du droit belge*, Bruxelles, Bruylant, p. 533.

⁶ Cour eur.D.H., arrêt OLSSON C. SUÈDE du 24 mars 1988, *Public. Cour.eur.D.H.*, série A, n° 130, pp. 31-32, §. 67.

⁷ V. COUSSIRAT-COUSTERE, *o.c.*, p. 338.

⁸ Cass., 23 janv. 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 491.

⁹ F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 18.

¹⁰ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886 ; Cass., 26 sept. 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 126.

¹¹ Cass., 4 avr. 1977, *J.T.*, 1977, p. 554, *Pas.*, 1977, I, p. 831 ; Cass., 8 sept. 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 43 ; Gand, 20 mars 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1257, note P. LEMMENS, *R.D.S.*, 1996-1997, p. 35 ; Cass., 1^{er} oct. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 796, note C. MEUNIER.

En effet, seules trois finalités nous paraissent pouvoir justifier, dans le contexte de la relation de travail¹, la collecte d'informations relatives à la santé ainsi que la pratique d'examens de santé. Il s'agit de la détermination de l'aptitude actuelle du candidat et/ou du travailleur, de la protection de la santé et de la sécurité du travailleur et des tiers. Nous pensons avec M. VINCI-NEAU² que des préoccupations de rentabilité et de compétitivité ne peuvent à elles seules être invoquées par l'employeur pour justifier une ingérence dans la vie privée du candidat au travail. Elles ne correspondent, en effet à aucun critère de l'article 8, al. 2.

Encore faut-il que cette ingérence soit proportionnée à la réalisation de l'objectif poursuivi. Pour cela, aucune autre mesure moins dommageable ou moins intrusive ne doit être susceptible de remplir la même fonction.

E. VOGEL-POLSKI³ rappelle ainsi que : « La limitation théorique de ce pouvoir touchant à la personne du salarié en tant qu'exécutant sa prestation de travail connaît une extension significative par la justification de l'intérêt de l'entreprise, de l'organisation du travail et des rapports de travail, de la sécurité de la collectivité des salariés se trouvant sous les ordres de l'employeur. C'est ainsi que la cloison entre la sphère des activités privées du salarié, théoriquement protégées par la législation sur les droits de la personne et la sphère des activités professionnelles pourra être brisée dès le moment où des éléments de la vie extra-professionnelle du salarié auront des retombées ou des incidences sur le contrat de travail ». Dans cette optique, un équilibre sera constamment à trouver ou à construire entre le droit pour l'employeur de solliciter certaines informations et de contrôler ses travailleurs et le droit à l'intimité de ceux-ci.

Le respect de l'article 8 implique, en outre, que le travailleur ou le candidat soit correctement informé de l'examen et des informations collectées ainsi que de la finalité de cette demande et qu'il puisse valablement donner son consentement⁴.

¹ A.R. du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, *M.B.*, 16 juin 2003.

² « Des intérêts strictement matériels ne sont pris en compte que lorsque la Convention en a expressément décidé : ainsi, dans le Protocole additionnel n°1 relatif à la propriété privée. L'inverse reviendrait à saper l'édifice des droits fondamentaux au nom du profit et à nier leur caractère inaliénable », M. VINCI-NEAU, « Assurance et vie privée. Du vide légal à l'illicite », *R.B.D.J.*, 1994/2, p. 486.

³ E. VOGEL-POLSKI, « Droit du travail comparé et sida », *Le sida, un défi aux droits ?*, Actes du colloque organisé à l'Université libre de Bruxelles les 10, 11 et 12 mai 1990, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 708 et 709.

⁴ La Cour de justice s'est prononcée sur cette question dans un arrêt du 5 octobre 1994 (C.J.C.E., 5 oct. 1994 (X. C. COMMISSION), 404/92-P, note O. DE SCHUTTER, « Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne », *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 101-122 ; également sur le droit de ne pas savoir : T. VANSWEEVELT, *Le sida et le droit*, Bruxelles, 1990, n° 34 ; H. NYS, « Recht en AIDS », *Panopticon*, 1988, p. 19, Diegem, Kluwer, 1995, p. 124).

c) Principes généraux relatifs au traitement des données relatives à la santé dans l'entreprise

Introduction

Le traitement des données relatives à la santé est spécifiquement régi par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁵ et son arrêté royal d'exécution du 13 février 2001⁶. Cette législation dérive du droit communautaire européen puisque le texte de base dont elle s'inspire est la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative au traitement des données à caractère personnel⁷.

La Directive 95/46/CE concilie deux objectifs : d'une part, celui de permettre la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres et au sein des Etats membres et, d'autre part, celui de préserver un niveau de protection de la vie privée des personnes physiques satisfaisant, en conformité avec les exigences de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Le principe qui prévaut donc au traitement de données à caractère personnel est le droit de traiter les données moyennant le respect de certaines conditions. Il est toutefois fait exception à ce principe pour ce qui concerne le traitement des données dites « sensibles », au sein desquelles figurent les données relatives à la santé. Le traitement de ces données est en principe interdit sauf dans certaines hypothèses spécifiquement prévues par la loi du 8 décembre 1992.

D'autres législations spécifiques contiennent également des dispositions qui régissent le traitement des données relatives à la santé dans l'entreprise telle, par exemple, la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail. Nous évoquerons ces dispositions particulières sous [le titre 4 de la présente contribution consacré à la collecte et traitement des informations médicales dans la relation de travail]. A ce stade, nous nous limiterons à examiner les dispositions spécifiques réservées aux traitements de données relatives à la santé par la loi

⁵ Cette loi a été modifiée par la loi du 11 décembre 1998 qui transpose la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

⁶ *M.B.*, 13 mars 2001.

⁷ Cette directive a elle-même été inspirée par les travaux du Conseil de l'Europe qui avaient déjà dessiné les contours de cette législation dans la Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981 (<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/108.htm>).

⁸ Notons également que la Commission européenne a mené une procédure de consultation des partenaires sociaux sur la protection des données à caractère personnel des travailleurs ce qui pourrait déboucher sur l'adoption d'une directive spécifique à cette matière.

du 8 décembre 1992 et son arrêté d'exécution¹. A cet effet, nous nous proposons de définir tout d'abord la notion de données relatives à la santé avant de nous pencher sur le principe d'interdiction du traitement de ces données et l'examen des exceptions à ce principe pour terminer par une analyse des conditions particulières attachées au traitement des données relatives à la santé.

La notion de données relatives à la santé

Les données relatives à la santé sont une catégorie de données parmi les données à caractère personnel dont la loi du 8 décembre 1992 entend régir les traitements. Il convient donc d'abord de définir cette notion de « donnée à caractère personnel » avant de s'intéresser à celle de « donnée relative à la santé ».

Une donnée à caractère personnel est toute information qui concerne une personne physique identifiée ou identifiable (que l'on appelle la « personne concernée », quelque soit la nationalité de celle-ci).

L'information peut donc être de toute nature : il peut s'agir d'une information écrite ou chiffrée mais également de l'information contenue dans une photographie, une image vidéo, une empreinte digitale, un cliché d'ADN, ... Il importe peu que cette donnée soit publique ou secrète, qu'elle soit relative à la sphère privée, publique ou professionnelle. Aussi les informations liées à la fonction salariée d'un travailleur sont susceptibles de constituer des données à caractère personnel au sens de la loi. L'information doit concerner une *personne physique*, à l'exclusion des personnes morales. Enfin, pour être qualifiée de « donnée à caractère personnel », l'information doit concerner une *personne identifiée ou identifiable*. Sont donc considérées comme données à caractère personnel non seulement les données relatives à une personne dont on connaît l'identité mais également les informations relatives à une personne dont on ne connaît pas l'identité mais qui pourrait, dans l'absolu, être identifiée soit par celui qui traite les données en question (le « responsable de traitement »), soit par un tiers². Ainsi des in-

formations non nominatives sont également considérées comme des données à caractère personnel lorsqu'elles concernent une personne physique identifiable.

Quant à la notion de « donnée relative à la santé », la loi du 8 décembre 1992 n'en livre pas de définition. L'exposé des motifs de la loi du 11 décembre 1998 indique qu'il s'agit de données qui doivent se rapporter à la santé de l'individu, les données ne faisant que révéler l'état de santé d'un individu ne tombant pas dans la catégorie des données relatives à la santé³. Ces données peuvent se rapporter tant à des pathologies particulières, qu'elles soient mentales ou physiques, qu'à l'état de santé actuel, antérieur ou futur de la personne concernée⁴. Par contre, les données génétiques ne constituent pas *per se* des données relatives à la santé dans le cadre de cette législation⁵.

Le simple fait qu'une donnée révèle une information relative à la santé ne suffit donc pas pour qu'elle soit qualifiée de « donnée relative à la santé »⁶. Ainsi une photographie qui révélerait le handicap d'une per-

du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne. Il s'agit donc d'une appréciation *in abstracto*, l'idée étant que si le responsable du traitement ne peut lui-même immédiatement trouver l'identité de la personne, un tiers pourrait être à même de la lui révéler. Par opposition, une donnée anonyme est une donnée qui ne peut être mise en relation avec une personne identifiée ou identifiable et n'est donc pas une donnée à caractère personnel. Le traitement des données anonymes n'est soumis à aucune condition aux termes de la loi du 8 décembre 1992. Par contre, les opérations par lesquelles une donnée à caractère personnel est rendue anonyme sont des traitements de données à caractère personnel et sont soumis au respect des conditions de traitement définies par la loi.

¹ Pour une étude plus globale de la loi du 8 décembre 1992, nous vous renvoyons au texte de E. PLASSCHAERT, « Le traitement et la protection des données personnelles des travailleurs » et publié au sein de cette même revue. Signalons également l'existence de textes internationaux tels la recommandation n°R(89) 2 Conseil de l'Europe sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi (<http://cm.coe.int/t/t/rec/1989/f89r2.htm>) ou le Recueil de directives pratiques du BIT sur la protection des données des travailleurs (<http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/fr/ench/download/f000011.pdf>).

² A cet égard, l'article 1^{er} de la Loi précise que « est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Le considérant 26 de la directive 95/46/CE indique que pour déterminer si une donnée est ou non identifiable il faut avoir égard aux moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en oeuvre, soit par le responsable

³ Projet de loi transposant la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, n° 1566/1, p. 34. D. DE BOT va même plus loin en affirmant que pour être qualifiées comme telles, les données relatives à la santé doivent porter directement sur la santé ou l'état de santé d'une personne (D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Anvers, Kluwer, 2001, p. 154).

⁴ Voyez à cet égard l'avis d'initiative n° 08/2002 du 11 février 2002 de la Commission de la Protection de la Vie Privée relatif au traitement de données à caractère personnel réalisé par des sociétés privées d'intérim qui précise, en page 2, que « les données relatives à la santé recouvrent toutes les données à caractère personnel sur l'état antérieur, actuel ou futur de la santé physique ou psychique de la personne ».

⁵ Contrairement à ce qui est prévu dans la recommandation n° R (97) du Conseil de l'Europe relative aux données médicales. Voyez à cet égard : M.-H. BOULANGER, S. CALLENS et ST. BRILLON, « La protection des données personnelles relatives à la santé et la loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 et complétée par l'arrêté royal du 13 février 2001 », *Rev. dr. Santé*, 2000-2001, p.330.

⁶ Ce qui était le cas sous l'empire de l'ancienne version de la loi du 8 décembre 1992, avant les modifications apportées par la loi du 11 décembre 1998, qui visait par les termes « données médicales », « toutes les données à caractère personnel dont on peut déduire une information sur l'état de santé antérieur, actuel ou futur de la santé physique ou psychique ».

sonne n'est pas une donnée relative à la santé¹. On pourrait toutefois nuancer cette interprétation en précisant que si la photographie fait l'objet d'un traitement pour les données relatives à la santé qu'elle révèle, elle doit alors être considérée comme une donnée relative à la santé.

La Commission de la Protection de la Vie Privée apporte également une autre nuance par rapport à la notion de « donnée relative à la santé » dans le contexte de la relation de travail. Elle précise, en effet, que les données obtenues par l'employeur en exécution de l'article 124 du Règlement général de travail imposant des contrôles de santé par la médecine du travail ne doivent pas être considérées comme des données relatives à la santé mais comme des données administratives traitées en exécution d'une obligation légale².

Ceci nous amène à nous interroger sur l'application du régime des données relatives à la santé dans le contexte de la relation de travail. S'il ne fait pas de doute que l'information selon laquelle une travailleuse est enceinte ou qu'un employé est affecté d'un handicap mental ou physique constitue bel et bien une donnée relative à la santé, qu'en est-il de l'information selon laquelle l'employé est en incapacité de travailler sur base d'un certificat médical³? En effet, le certificat ne mentionne pas la maladie ou le handicap qui frappe le travailleur. L'information ne porte donc pas à proprement parler sur une maladie ou un handicap. Il nous semble néanmoins qu'il s'agit d'une information qui se rapporte nécessairement à l'état de santé du travailleur dès lors que l'incapacité constatée par le médecin est forcément motivée par un problème de santé, quel qu'il soit par ailleurs. Cette interprétation pourrait être toutefois discutée au vu de l'avis de la

Commission de la Protection de la Vie Privée susmentionnée, puisque cette dernière considère que les données ressortant d'une attestation pure et simple d'aptitude au travail doivent être considérées comme des « données administratives » et non comme des données relatives à la santé⁴. Par analogie, on pourrait admettre qu'il en est de même en ce qui concerne la remise à l'employeur de certificats médicaux ou de toute autre attestation d'aptitude délivrée par un conseiller en prévention - médecin du travail par exemple qui ne fournirait pas d'indication de la maladie ou du handicap en cause⁵. DE BOT cite d'ailleurs à titre d'illustration de ce qui ne constitue pas une donnée relative à la santé, le degré d'incapacité de travail⁶. Les termes « données administratives » ne correspondent à aucune catégorie particulière de données au regard de la loi du 8 décembre 1992 de sorte qu'il faudrait comprendre simplement qu'elles ne sont pas considérées comme des données sensibles. Ainsi, si l'on devait considérer que les informations contenues dans de tels certificats ne sont pas des données relatives à la santé, elles ne seraient pas soumises au régime spécifique de principe d'interdiction de traitement mais aux conditions de traitement applicables à tout traitement de données caractère personnel (cfr. *infra*, p. 67) et aux conditions particulières de traitement propre à cette catégorie de données (cfr. *infra*, p. 68).

¹ Th. LEONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution », *J.T.*, 1999, n°38 ; D. DE BOT, *o.c.*, pp. 154-155.

² Avis d'initiative n° 08/2002 de la Commission de la Protection de la Vie Privée relatif au traitement de données à caractère personnel réalisé par des sociétés privées d'intérim, *o.c.*, p. 2.

³ Dans l'arrêt LINDQVIST, la C.J.C.E. a récemment eu à se prononcer sur une question de qualification de données relatives à la santé concernant l'information selon laquelle une personne identifiée s'était blessée au pied et était en congé partiel. La Cour a estimé que cette information constitue bel et bien une donnée relative à la santé au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE. On ne peut cependant en tirer aucune conclusion déterminante par rapport à notre hypothèse dès lors que la Cour ne s'est prononcée que sur une information conjuguant une indication sur l'existence d'un congé et sur le mal qui en était la cause et non spécifiquement sur l'information se limitant à un état d'incapacité de travail (C.J.C.E., 6 nov. 2003, 101/01, *R.D.T.I.*, 2004, n°19, p. 83, obs. C. de TERWANGNE, « Affaire Lindqvist ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection de données à caractère personnel »). Notons également l'avis 8/2001 du Groupe de travail « article 29 » sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel. Cet avis laisse penser que ce type de données serait des données relatives à la santé lorsqu'il cite comme exemple de traitement de « données santé » les traitements relatifs aux indemnités maladies.

⁴ La Commission de la Protection de la Vie Privée a-t-elle considéré que les données ne constituaient pas des informations se rapportant pas à l'état de santé du travailleur et ne répondaient donc pas à la définition de « données relatives à la santé »? La Commission ne motive pas son avis sur ce point. La terminologie utilisée rappelle toutefois celle utilisée dans la définition donnée à la notion de « données médicales » par la loi du 8 décembre 1992 avant les modifications apportées par la loi du 11 décembre 1998. On entendait par « données médicales », « toutes les données à caractère personnel dont on peut déduire une information sur l'état de santé antérieur, actuel ou futur de la santé physique ou psychique, à l'exception des données purement administratives ou comptables relatives aux traitements et aux soins médicaux ». Cette approche descriptive était inspirée par la loi sur la Banque-Carrefour. D'après l'organe de contrôle de cette loi, ce qui caractérise la donnée médicale est le fait que sa connaissance, sa détention et sa communication nécessitent l'intervention d'un médecin (Th. LEONARD, « La protection des données à caractère personnel dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, Diegem, Kluwer, 1996, 2^{ème} éd., Liv. 112, p. 37). En qualifiant dans son avis lesdites données de données administratives, on peut se demander si la Commission n'a pas entendu exprimer l'idée que ce type de données qui devaient être exclues de la catégorie de « données médicales » par l'ancienne version de la loi de 1992, ne faisaient pas non plus partie de la catégorie des « données relatives la santé » dans le cadre de la loi modifiée en 1998. Une telle position peut paraître logique dès lors que la notion de « donnée relative à la santé » a une portée plus restreinte que celle de « données médicales ».

⁵ Il pourrait par contre en être autrement en ce qui concerne la motivation dans un rapport médical relatif au degré d'incapacité de travail établi par un médecin par exemple (D. DE BOT, *o.c.*, p. 155).

⁶ D. DE BOT, *o.c.*, p. 155.

Principe de l'interdiction du traitement des données relatives à la santé

Les données relatives à la santé sont des informations personnelles par nature beaucoup plus sensibles que d'autres. Alors que le nom et l'adresse de quelqu'un sont des informations en général somme toute anodines, les données relatives à la santé le sont souvent beaucoup moins. Tout d'abord, elles touchent davantage à l'intimité de la personne. Ensuite, on devine aisément que de telles données sont susceptibles d'influencer le regard des autres, voire d'induire des comportements discriminatoires. Enfin, le domaine de la santé est un secteur d'expertise et il convient d'être plus prudent lorsqu'il s'agit de permettre à des non spécialistes de traiter des données dont ils ne maîtrisent pas forcément ni le sens ni la portée exacts. Ceci justifie pleinement que le législateur ait entendu régler de manière beaucoup plus stricte le traitement de telles données.

La loi du 8 décembre 1992 a un champ d'application matériel très large puisqu'elle régit le traitement de données à caractère personnel automatisés en tout ou en partie, ainsi que les traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier¹. Par « traitement de données », on entend toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel². Ainsi dès qu'il y a enregistrement de données sur un ordinateur, la loi s'applique³.

L'article 7, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 pose le principe de l'interdiction du traitement des données relatives à la santé. L'interdiction de traiter les données à caractère personnel est cependant levée dans les hypothèses limitativement énumérées par le deuxième paragraphe de cette disposition. Il s'agit des hypothèses suivantes :

- a) lorsque la personne concernée a donné son consentement par écrit à un tel traitement, pour

¹ L. du 8 déc. 1992, art. 3. Par fichier, il faut comprendre tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique (L. du 8 déc. 1992, art. 1^{er}, § 3).

² Article 1^{er}, § 2, de la loi du 8 décembre 1992 qui cite les exemples d'opération suivants : la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel.

³ L'arrêt LINDQVIST de la C.J.C.E. a récemment rappelé, à propos de la mise en ligne d'informations sur l'Internet, que dès lors que l'on recourt à des moyens automatisés, il n'est pas nécessaire que les données soient rassemblées sous forme de fichier pour que la loi s'applique (C. de TERWANGNE, « Affaire Lindqvist ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection de données à caractère personnel », obs. sous C.J.C.E., 6 nov. 2003, R.D.T.I., 2004, n° 19, p. 83).

autant que ce consentement puisse à tout moment être retiré par celle-ci ;

- b) lorsque le traitement est nécessaire afin d'exécuter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail ;
- c) lorsque le traitement est nécessaire à la réalisation d'une finalité fixée par ou en vertu de la loi, en vue de l'application de la sécurité sociale ;
- d) lorsque le traitement est nécessaire à la promotion et à la protection de la santé publique y compris le dépistage ;
- e) lorsque le traitement est rendu obligatoire par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance pour des motifs d'intérêt public importants ;
- f) lorsque le traitement est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement ;
- g) lorsque le traitement est nécessaire pour la prévention d'un danger concret ou la répression d'une infraction pénale déterminée ;
- h) lorsque le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ;
- i) lorsque le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ;
- j) lorsque le traitement est nécessaire aux fins de médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements soit à la personne concernée, soit à un parent, ou de la gestion de services de santé agissant dans l'intérêt de la personne concernée et les données sont traitées sous la surveillance d'un professionnel des soins de santé ;
- k) lorsque le traitement est nécessaire à la recherche scientifique et est effectué conformément aux conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la Commission de la protection de la vie privée.

Nous nous limiterons à développer trois hypothèses qui nous semblent les plus pertinentes et spécifiques par rapport à l'objet de la présente contribution.

La loi du 8 décembre 1992 permet tout d'abord, le traitement des données relatives à la santé *lorsque le traitement est nécessaire afin d'exécuter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail*⁴. Dès lors qu'il s'agit d'une

⁴ Notons qu'il convient de distinguer cette exception de l'exception propre aux traitements nécessaires à la réalisation d'une finalité fixée par ou en vertu de la loi, en vue de l'application de la sécurité sociale. La portée de cette seconde exception est d'ailleurs plus floue et les travaux préparatoires de la loi ne nous éclairent pas à ce sujet. Une interprétation littérale

exception par rapport à un régime d'interdiction, la portée de cette hypothèse doit être interprétée de manière restrictive¹. A cet égard, l'exposé des motifs de la loi du 11 décembre 1998 précise que lesdits droits et obligations du responsable de traitement doivent résulter des règles de droit régissant les relations professionnelles dans le secteur privé ou dans le secteur public². Un traitement de données relatives à la santé par un employeur ne sera donc envisageable sur la base de cette exception que dans la mesure où celui-ci s'avère nécessaire à l'exécution de droits et obligations d'une réglementation visant spécifiquement à régir les relations professionnelles. Ainsi, les traitements de données relatives à la santé effectués par l'employeur pour répondre aux obligations qui lui sont imposées par la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail dans le cadre de la suspension du contrat, par exemple, peuvent-ils être effectués sur la base de cette exception. De même, les traitements qui impliquent le respect des obligations qui reposent sur l'employeur en vertu de l'arrêté royal du 28 mai 2003 sur la surveillance de la santé des travailleurs pourrait également se fonder sur cette exception. Force est de constater néanmoins que tout traitement de données relatives à la santé effectué par l'employeur dans le cadre d'une relation de travail n'est donc pas automatiquement couvert par cette exception.

La loi prévoit encore, en son article 8, § 2, j), une exception pour le traitement nécessaire à des fins de médecine préventive lorsque ce traitement est effectué sous la surveillance d'un professionnel des soins de santé. Cette exception pourrait être invoquée dans le cadre de la médecine du travail³.

La troisième exception que nous évoquerons est celle dont le champ d'application est potentiellement le plus large. Il s'agit de celle réservée au consentement de la personne concernée. Les données relatives à la santé peuvent, en effet, être traitées avec le consentement écrit de la personne concernée. L'article 1^{er}, § 8, de la loi du 8 décembre 1992 énonce les exigences que le consentement de la personne concernée doit rencontrer: celui-ci doit être libre, spécifique et informé. Il en résulte, tout d'abord, que le consentement doit être donné sans pression, qu'il s'agisse d'une pression économique ou morale.

des termes utilisés nous invitent à penser que cette exception a potentiellement un champ d'application très large puisqu'il n'est pas exigé que le traitement soit prévu dans une loi - comme c'est le cas pour l'exception réservée au droit du travail - mais qu'il s'inscrive dans la réalisation d'une finalité prévue par ou en vertu d'une loi.

- ¹ M.-H. BOULANGER, S. CALLENS et St. BRILLON, *o.c.*, p. 329.
- ² Projet de loi transposant la Directive 95/46/CE du 24 oct. 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, n° 1566/1, p. 34.
- ³ Avis 8/2001 du groupe de travail « Article 29 » sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel, p. 21.

Ensuite, le consentement ne peut être général : il doit porter sur des traitements spécifiquement définis notamment par rapport à leurs finalités. Enfin, le consentement doit être donné en connaissance de cause, sur la base d'une information qui permette à la personne concernée d'analyser les risques d'atteinte à ses droits et libertés que le ou les traitements peuvent entraîner. Ceci implique que la personne concernée ait au minimum reçu les informations exigées aux termes de la loi du 8 décembre 1992 (en son article 9) et dans l'arrêté royal du 13 février 2001⁴.

On pressent immédiatement que la condition du libre consentement peut paraître utopique dans le contexte d'une relation de travail, tout comme dans le contexte d'un entretien d'embauche d'ailleurs. Le législateur en a tenu compte puisqu'il interdit à l'article 27 de l'arrêté royal du 13 février 2001 tout traitement de données relatives à la santé sur la seule base du consentement écrit de la personne concernée lorsque le responsable du traitement est l'employeur présent ou potentiel de la personne concernée ou lorsque la personne concernée se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis du responsable du traitement l'empêchant de refuser librement son consentement. Dans une telle situation, le consentement écrit permet néanmoins le traitement s'il s'agit d'octroyer un avantage à la personne concernée. Cette disposition a été critiquée du fait qu'elle peut laisser penser qu'un consentement non libre sur un traitement présentant toutefois un avantage, même minime, pour le travailleur constituerait un fondement valable⁵. Enfin, il est important de rappeler que la personne concernée peut retirer son consentement à tout moment et sans devoir justifier ce retrait⁶. Les conséquences d'un tel retrait seront que le responsable du traitement ne pourra plus traiter les données relatives à la santé, pour l'avenir, sur la base de l'exception du consentement.

Conditions particulières de traitement de données relatives à la santé

Le traitement des données relatives à la santé est soumis aux mêmes conditions que celles applicables à tout traitement de données à caractère personnel⁷ : l'adéquation des données, la légitimité des traitements, le devoir d'information des personnes concernées, l'obligation de déclaration auprès de la Commission de la Protection de la Vie Privée, l'obligation de sécurité, l'interdiction des décisions automatisées, les règles relatives aux flux transfrontières, le respect des droits de la personne concernée⁸, etc. Outre ces conditions

⁴ Th. LEONARD, *o.c.*, p. 20.

⁵ Th. LEONARD, *o.c.*, p. 38.

⁶ M.-H. BOULANGER, S. CALLENS et St. BRILLON, *o.c.*, p. 335.

⁷ Ces conditions sont rappelées dans la contribution de E. PLASSCHAERT publiée au sein de cette revue. Nous n'y reviendrons pas.

⁸ Notons à cet égard que l'article 10, § 2, de la loi du 8 décembre 1992 contient des modalités particulières concernant le

d'application générale, le législateur a prévu des formalités ou obligations particulières dont il convient de tenir compte lorsque l'on traite des données sensibles ou encore, plus spécifiquement, des données relatives à la santé. L'ensemble de ces conditions doit être respecté pour tout traitement de données relatives à la santé qu'il intervienne dans la phase du recrutement, de l'exécution, de la suspension ou encore de la rupture du contrat de travail.

Conditions particulières applicables au traitement des données relatives à la santé

- ➔ Supervision par un professionnel des soins de santé

Le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé peut, sauf dans le cas d'un consentement écrit de la personne concernée ou lorsque le traitement est nécessaire pour la prévention d'un danger concret ou la répression d'une infraction pénale déterminée, uniquement être effectué sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé¹. Ceci implique donc que l'employeur ne peut en règle ne traiter des données relatives à la santé relative à ses travailleurs que sous la responsabilité d'une personne ayant la qualité de « professionnel de la santé ». L'intervention d'un professionnel de la santé n'est pas requise si le travailleur consent par écrit à ce que ce traitement ne soit pas effectué sous une telle responsabilité². Il convient néanmoins de noter qu'en d'application de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, l'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail est rendu obligatoire pour certains traitements de données médicales de sorte qu'il nous semble que l'employeur ne pourra se passer de l'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail en faisant usage de l'exception du consentement (voir *infra*).

La notion de « professionnel de la santé » n'a été définie ni dans la loi du 8 décembre 1992 ni dans un arrêté d'exécution. Selon l'exposé des motifs de la loi du 11 décembre 1998, ces termes renvoient « à un concept vaste qui fait référence à l'ensemble des personnes qui prestent des soins de santé à l'égard d'autres personnes dans l'exercice de leur profession »³. La loi soumet, par ailleurs, au secret le profes-

sionnel des soins de santé et ses préposés ou mandataires⁴. Ceci implique que le traitement peut également être effectué par des personnes travaillant pour le compte d'un professionnel de la santé⁵.

Par ailleurs, la loi ne fournit pas de précisions quant à ce qu'implique l'exigence d'un traitement effectué « sous la responsabilité » d'un professionnel des soins de santé. Il nous semble cependant que la notion de responsabilité de se confond pas avec un autre concept défini à l'article 1^{er}, § 4, de la loi du 8 décembre 1992 et qui est celui de « responsable de traitement ». Le professionnel de la santé impliqué ne devient pas automatiquement, selon nous, un responsable de traitement ou un co-responsable de traitement aux côtés de l'employeur. Par contre, il nous semble que cette exigence induit au minimum une obligation de contrôle dans le chef de ce professionnel⁶.

Qu'en est-il de l'application de cette condition dans le contexte des relations de travail ? Dans la mesure où l'employeur traite des données relatives à la santé, il est censé s'adjoindre les services d'un professionnel de la santé chargé de contrôler les traitements de ces données pour s'assurer à tout le moins du respect des conditions de traitement définies par la loi du 8 décembre 1992⁷.

L'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail suffit-elle pour considérer que les informations transmises à l'employeur sont traitées sous la responsabilité d'un professionnel de la santé ?

Notons, tout d'abord, que cette question ne se pose que tant que l'employeur reste le responsable de traitement. Or tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, l'article 93 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 sur le dossier san-

tion se pose de savoir si un psychologue peut être qualifié de professionnel des soins de santé. Preste-t-il des soins de santé ? Cette question est controversée (H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, p. 29). Elle peut cependant revêtir un intérêt particulier dans l'hypothèse où des tests psychologiques devaient être mis en œuvre par l'employeur ou que l'employeur envisage d'offrir un service de soutien psychologique à ses employés par le biais d'un psychologue d'entreprise. L'intervention d'un psychologue suffirait-elle alors à remplir l'obligation de contrôle par un professionnel des soins de santé ?

⁴ Par le biais de son article 39, 3^o, de la loi du 8 décembre 1992 sanctionne pénalement le non-respect de cette obligation de secret. Elle crée ainsi une nouvelle sanction pénale qui s'ajoute éventuellement à celle prévue à l'article 458 du Code pénal qui concerne la violation du secret professionnel.

⁵ Cette interprétation est confirmée par l'exposé des motifs de la loi du 11 décembre 1998 (Projet de loi transposant la Directive 95/46/CE..., *o.c.*, p. 38).

⁶ L'article 8, § 2, j), qui requiert l'intervention d'un professionnel des soins de santé parle d'ailleurs d'une exigence de « surveillance » et non de responsabilité.

⁷ La loi ne définit aucune exigence quant au statut que doit avoir ce professionnel des soins de santé. Il nous semble dès lors qu'il n'est pas nécessaire que le professionnel des soins de santé soit un employé de l'entreprise concernée. Il pourrait être un administrateur de celle-ci, ou encore un consultant extérieur pour autant toutefois qu'il soit effectivement mis en mesure d'effectuer sa mission de contrôle.

droit d'accès aux données relatives à la santé. Ces modalités ont été définies lors de l'adoption de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

¹ L. du 8 déc. 1992, art. 7, § 4.

² Projet de loi transposant la Directive 95/46/CE..., Exposé des motifs, *o.c.*, p. 38. Il est à noter qu'étonnamment le législateur n'a pas étendu les réserves énoncées à l'article 27 de l'arrêté royal du 13 février 2001 relatives à la possibilité de s'appuyer sur le consentement du travailleur pour traiter des données sensibles à l'hypothèse où l'employeur entend se passer de l'intervention d'un professionnel des soins de santé moyennant le consentement du travailleur.

³ Projet de loi transposant la Directive 95/46/CE..., *o.c.*, p. 39 ; Th. LEONARD, *o.c.*, p. 36. La loi ne fournit pas de liste des professions médicales et paramédicales concernées. La ques-

té prévoit que c'est le conseiller en prévention-médecin du travail qui dirige la section ou le département de surveillance médicale qui est le responsable des traitements automatisés opérés sur les données du dossier santé des travailleurs¹.

Ensuite, dans la mesure où l'employeur traite des données relatives à la santé en tant que responsable de traitement, on peut considérer que les traitements effectués par, et donc *a fortiori* sous le contrôle, d'un conseiller en prévention - médecin du travail satisfont à la condition d'un traitement sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé. Il en est ainsi par exemple des données relatives à la santé traitées en amont de la délivrance du certificat d'aptitude. Par contre, si les données contenues dans un certificat médical ou un certificat d'aptitude, telle l'incapacité de travail et sa durée ou encore l'aptitude à exercer une fonction particulière devaient être considérées comme

¹ Il nous semble raisonnable de considérer que ce dernier est donc bien le responsable de traitement au sens de l'article 1^{er}, § 4, de la loi du 8 décembre 1992 qui précise à cet égard que lorsque les moyens et finalités de traitements sont fixés par une loi, le responsable de traitement est la personne désignée comme telle par cette loi. L'arrêté royal va encore plus loin en indiquant à quelles personnes incombent la mise en œuvre des traitements : ainsi l'article 80 indique le conseiller en prévention-médecin conseil du travail est responsable de l'établissement et de la tenue à jour du dossier santé pour chaque travailleur qu'il est appelé à examiner tandis que la conservation et l'archivage du dossier sont confiés au conseiller en prévention-médecin du travail responsable de la section et du département de surveillance médicale gestionnaire du dossier.

² Qu'en est-il toutefois des autres missions confiées par l'employeur au conseiller en prévention - médecin du travail ? Aux termes de l'article 1^{er}, § 4, de la loi du 8 décembre 1992, le "responsable du traitement", est la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. Dans la mesure où l'employeur détermine les moyens et les missions confiées au conseiller en prévention - médecin du travail du service interne de prévention et de protection (par exemple en vertu de l'article 5 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au Service interne pour la Prévention de la Protection au Travail, M.B., 31 mars 1998), il nous semble raisonnable de considérer l'employeur est le responsable des traitements portant sur des données relatives à la santé effectués dans le cadre de ces missions. Si l'employeur fait appel à un service externe de prévention et de protection au travail pour obtenir les services d'un collaborateur de celui-ci remplissant le rôle assigné au conseiller en prévention-médecin du travail, la question se pose de savoir si le service externe agit en tant que responsable de traitement ou en tant que sous-traitant au sens de l'article 1^{er}, § 5, de la loi du 8 décembre 1992 auquel cas l'employeur reste alors le responsable de ce traitement. En vertu de l'article 13 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au Service externe pour la Prévention de la Protection au Travail (M.B., 31 mars 1998), c'est également l'employeur qui confie des missions au service externe, missions qui se voient définies dans un contrat. Sur cette base, il peut être également soutenu que l'employeur reste le responsable des traitements effectués par le service externe pour le compte de l'employeur tandis que le service externe n'interviendrait qu'en tant que sous-traitant. Ceci implique qu'un contrat devrait être conclu entre l'employeur et le médecin contrôleur conformément aux exigences de l'article 16, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992.

des données relatives à la santé (cf. notre discussion à ce sujet *supra*), les traitements portant sur celles-ci (par exemple pour la gestion du paiement des salaires, l'organisation du remplacement temporaire du travailleur absent) devraient également faire un contrôle par un professionnel de la santé ce qui ne va pas de soi dans la pratique.

Signalons encore que, si, dans la plupart des cas, l'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail (soit dans le cadre d'un service interne de prévention et de protection, soit d'un service externe) est rendue obligatoire en droit du travail et exclut, pour certaines missions, le recours à un autre « professionnel de la santé » (nous pensons par exemple aux tests médicaux - voyez notre commentaire relatif à la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre de la relation de travail et à l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, p. 77, point b, *infra*), il demeure que le concept de traitement de donnée relative à la santé dépasse singulièrement les compétences exclusives de la médecine du travail. On songe ainsi, par exemple, à des tests psycho-techniques à l'embauche dont les résultats, s'ils sont relatifs à la santé mentale et non à la seule aptitude, devraient être traités par un professionnel de la santé. En principe, toute question relative à la santé, à la supposer légitime, devrait donc voir sa réponse traitée sous la responsabilité d'un professionnel de la santé...

➔ Collecte des données auprès de la personne concernée

Les données relatives à la santé ne peuvent être collectées qu'auprès de la personne concernée³. Il est donc, en principe, interdit de se procurer de telles données auprès de tiers. La loi du 8 décembre 1992 n'autorise une telle collecte que lorsque le traitement est effectué dans le respect des conditions définies par la loi (en ce qui concerne la supervision par un professionnel des soins de santé) et par arrêté royal (voyez *infra* les conditions particulières applicables au traitement des données sensibles) et dans la mesure où les données relatives à la santé sont nécessaires aux fins du traitement⁴ ou où la personne concernée n'est pas en mesure de fournir les données elle-même.

Conditions particulières applicables au traitement des données sensibles

Le responsable du traitement doit désigner les catégories de personnes ayant accès aux données et décrire de manière précise leur fonction par rapport au traitement des données⁵. Cela n'oblige pas le responsable du traitement à désigner les personnes par leur nom mais plutôt à établir des profils d'accès (le personnel de tel service, par exemple). Cette liste doit être te-

³ L. du 8 déc. 1992, art. 7, § 5.

⁴ Ce qui devrait de toute façon toujours être le cas en vertu de l'article 4, 3^o, de la loi du 8 décembre 1992.

⁵ A.R. du 13 févr. 2001, art. 25, 1^o.

nue à la disposition de la Commission de la Protection de la Vie Privée. De plus, les personnes traitant des données sensibles devront être tenues par une obligation de confidentialité qu'elle soit légale, statutaire ou, à défaut stipulée dans un contrat¹.

Par ailleurs, le responsable du traitement est tenu par des obligations additionnelles en matière d'information de la personne concernée, et ce qu'il ait obtenu les informations de la personne concernée ou d'un tiers. D'une part, il doit indiquer soit lors de l'information, soit dans la déclaration à la Commission de la Protection de la Vie Privée, la base légale (article de la loi) sur laquelle il se fonde pour traiter les données sensibles². En outre, dans l'hypothèse où le traitement de ces données est exclusivement autorisé moyennant le consentement écrit de la personne concernée, le responsable du traitement doit lui indiquer les motifs pour lesquels ses informations sont traitées ainsi que les catégories de personnes ayant accès à ses données³.

Enfin, notons que si l'arrêté royal du 13 février 2001 prévoit une exemption de déclaration à la Commission de la Protection de la Vie Privée pour les traitements visant exclusivement l'administration du personnel⁴ au service du ou travaillant pour le responsable de traitement, cette exception ne s'applique plus dès que ces traitements se rapportent à des données sensibles⁵. Les traitements relatifs à l'administration du personnel portant, en tout ou en partie, sur des données relatives à la santé doivent donc être déclarés à la Commission de la Protection de la Vie Privée. Le défaut de déclaration est d'ailleurs sanctionné pénalement⁶.

2. Les informations médicales et les principes généraux relatifs à l'interdiction de discrimination dans la relation de travail

Nous nous limiterons dans cette section à aborder l'interdiction de discrimination sous l'angle de la loi du 25 février 2003.

a) Présentation générale de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination

Instrument de transposition des directives européennes 2000/43 concernant la discrimination raciale et 2000/78 concernant les discriminations dans l'emploi, la loi du 25 février 2003⁷ tendant à lutter contre la discrimination⁸ dispose notamment en son article 2, § 4, que :

Toute discrimination directe ou indirecte est interdite, lorsqu'elle porte sur : (...) - les conditions d'accès au travail salarié, non salarié ou indépendant, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public; (...)

Son application dans le cadre des relations de travail est donc incontestable et très générale.

Utilisant des concepts connus, avec néanmoins parfois un sens distinct (voyez *infra*), la loi avait au préalable défini comme suit :

- d'une part, la discrimination directe (article 2, § 1^{er}) : « Il y a discrimination directe si une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique »⁹ ;

¹ *Id.*, art. 25, 3°.

² L. du 8 déc. 1992, art. 25, 4°.

³ A.R. du 13 févr. 2001, art. 26.

⁴ Une exception distincte est prévue à l'article 51 de l'arrêté royal du 13 février 2001 pour l'administration des salaires qui s'applique également aux traitements portant sur données relatives à la santé. La frontière entre l'administration des salaires et la gestion du personnel n'est cependant pas claire. DE BOT considère qu'il faut partir du principe que l'administration des salaires recouvre l'ensemble des finalités qui ont lien direct avec l'administration des rémunérations qui doivent être payées au bénéficiaire dans le cadre de la relation de travail.

⁵ A.R. du 13 févr. 2001, art. 52.

⁶ L. du 8 déc. 1992, art. 39, 7°.

⁷ *M.B.*, 17 mars 2004.

⁸ Sur cette disposition, voyez not. : O. DE SCHUTTER, « La loi belge tendant à lutter contre la discrimination », *J.T.*, 2003, p. 845 ; M. DALLEMAGNE, « La loi du 25 février 2003. Une nouvelle loi pour lutter contre la discrimination au travail », *Orientations*, 2003, n° 10, p. 13 ; J. JACOMAIN, « ...Et omnia discriminatio », *J.D.J.*, n° 227, 2003, p. 18.

⁹ Comme le relève F. ROBERT (« Discrimination - licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 345), « les critères retenus par le législateur sont, à priori, limitatifs encore que la liste soit suffisamment large pour que de nombreuses situations trouvent un champ d'application de cette loi ». Depuis l'arrêt de la Cour d'Arbitrage dont nous allons parler *infra*, nous allons voir que les choses ont changé.

- d'autre part, la discrimination « indirecte » (article 2, § 2) : « Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1^{er}, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable ».

La loi précise en son article 2, § 5, ce qu'il faut entendre par une justification objective et raisonnable susceptible de fonder une différence de traitement dans le domaine des relations de travail :

une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

b) L'incidence de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004

La Cour d'arbitrage fut saisie d'un recours en annulation à l'encontre de cette disposition et a considéré dans son arrêt du 6 octobre 2004¹ que :

- 1° bien que le législateur ait entendu, dans un objectif de supprimer et de combattre toutes les formes de discrimination, « créer un cadre légal de lutte contre des comportements discriminatoires tant sur le plan pénal que sur le plan civil dans " tous les cas où un individu ou une autorité dispose de la possibilité de provoquer un traitement discriminatoire " (Doc. parl., Sénat, 2001-2002, n° 2-12/15, p. 6) » (B6), « le législateur a opté pour une énumération limitative des motifs de discrimination » (B8.1)²
- 2° Compte tenu du fait que « le législateur a explicitement opté pour un système de protection contre la discrimination dans lequel un traitement inégal ne constituera une discrimination que si cette différence de traitement n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée » et de l'objectif général de la loi, « il n'est pas pertinent d'exclure certains motifs de discrimination du champ d'application de la loi » (B13) et ainsi de « priver une catégorie de victimes de discrimination de la protection de la loi » (B14) telle que la catégorie des victimes d'une discrimination fondée sur les convictions politiques ou sur la langue.

En conséquence, la Cour d'arbitrage décide d'annuler au sein de l'article 2 « les mots par lesquels les motifs de discrimination sont limités ». La Cour considère également que « pour les mêmes raisons, il convient

aussi d'annuler la limitation des motifs de discrimination faite par référence à l'article 2, § 1^{er} (dans les paragraphes 2, 6 et 7 de l'article 2), et par référence à l'article 2 (dans l'article 4) ».

Précisant dès lors les effets de son arrêt d'annulation, la Cour dit pour droit que « les dispositions des articles 2 à 4 et 18 à 31 de la loi entreprise sont dès lors applicables à toutes les discriminations, quel que soit le motif sur lequel elles sont fondées, étant entendu que ceci ne porte pas atteinte à l'exclusion de la discrimination fondée sur le "sexe" dans les missions confiées par l'article 23 au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, mission que le législateur pouvait attribuer à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes créé par la loi du 16 décembre 2002 (Moniteur belge du 31 décembre 2002, quatrième édition) »³.

c) La notion de discrimination directe utilisée par la loi : système « ouvert » ou « fermé » ?

Comme le relève O. DE SCHUTTER⁴, le législateur, dans ses concepts, s'est écarté de la définition de la discrimination prohibée qu'adoptent les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE puisque, dans ces directives, en ce qui concerne la discrimination directe, une différence de traitement n'est susceptible d'aucune justification sauf lorsque « en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, les caractéristiques en cause constituent une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée »⁵.

Au contraire, la loi du 25 février 2003, si elle emploie les mêmes termes de discrimination directe et de discrimination indirecte, considère que pour qu'il y ait discrimination directe, la différence de traitement doit manquer de justification objective et raisonnable. Le législateur a donc décidé de réintroduire de manière générale le concept de justification objective et raisonnable considérant que la loi ne se veut pas ciblée sur certaines discriminations par rapport aux directives qui auraient une portée générale. Toutefois comme le relève, à juste titre, F. ROBERT⁶, « une contradiction apparente existe dans cette loi, elle avait pour objectif, a priori, de lutter contre toutes les formes de discriminations mais établit une liste de critères limitatifs ». Nous avons vu d'ailleurs que depuis l'arrêt de la Cour d'Arbitrage de 2004, cette liste de critères limitatifs,

³ Sur les conséquences de cet arrêt d'annulation quant à la transposition ou l'absence de disposition, des directives 2000/43 et 2000/78, voyez : J. JACQUAIN, « La loi anti-discrimination après l'arrêt de la Cour d'arbitrage : et le droit européen ? », *J.D.J.*, 2004, liv. 239, p. 3.

⁴ « La loi belge tendant à lutter contre la discrimination », *J.T.* 2003, p. 848.

⁵ Dir. 2000/43/CE, art 4 et Dir. 2000/78/CE, art. 4, § 1^{er}.

⁶ F. ROBERT, *o.c.*, p. 351.

¹ C.A., 6 oct. 2004, www.cass.be

² Nous verrons que cette contradiction entre les objectifs déclarés et les moyens utilisés va s'avérer très problématique.

elle-même, a été considérée comme discriminatoire, comme le pressentaient certains auteurs¹.

En toute hypothèse, la conséquence de ce choix du législateur, comme le souligne à juste titre O. DE SCHUTTER², est que « la possibilité de justifier une différence de traitement fondée sur une caractéristique suspecte signifie que la loi belge offre un niveau de protection contre la discrimination qui se situe en-deçà du niveau prescrit par la Directive ». Ainsi, comme le relève J. JACQMAIN « on a peine à ne pas se demander si le législateur belge finira par admettre autrement que sous la pression la plus stricte un apport essentiel de la Cour de Justice, l'impossibilité de justifier une discrimination directe »³.

Toutefois, cette situation ne se présente pas avec la même acuité dans le domaine des relations de travail puisque l'article 2, § 5, de la loi du 25 février 2003 précise qu'une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable lorsqu'en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnelle. En conséquence, en ce qui concerne le domaine des relations de travail, l'article 2, § 5, reprend l'exception qui figure dans la Directive et de sorte, dans ce seul domaine, le texte de la loi semble s'aligner relativement bien sur l'interdiction de discrimination formulée par la Directive⁴. On relèvera néanmoins qu'en fait la loi a reproduit ce qui était envisagé comme une exception dans la Directive en terme de justification objective de la discrimination et non d'exception aux principes et que, comme le relève J. JACQMAIN, « même si les résultats sont identiques, la contradiction dans les notions retenues se répercute ici »⁵. En toute hypothèse, comme le relève, à juste titre, M. DALLEMAGNE « la loi limite, en la définissant de façon identique, la notion de justification objective et raisonnable en ce qu'elle autorise une différence de traitement »⁶.

L. PELTZER et C. PREUMONT se sont interrogés sur le fait de savoir si le législateur belge avait instauré un système dit « ouvert » dans lequel la différence de traitement ne constitue une discrimination que si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable ou un système dit « fermé » dans lequel toute forme de discrimination est interdite, sauf les cas limitativement énumérés dans le texte. S'il est clair que les directives dont est issue la loi anti-discrimination pré-

voient un système « fermé », en ce qui concerne la discrimination directe le choix du législateur belge n'apparaît pas nettement pour ces auteurs.

Il nous semble pourtant qu'il n'y a aucun doute à avoir sur la question. S'il est exact que le législateur, en règle générale, semble avoir, au mépris de la transposition parfaite de la directive, adopté un système ouvert puisqu'il permet de justifier la discrimination directe de manière objective et raisonnable, en matière de relations sociales néanmoins le législateur, dans le cadre d'une interprétation plus respectueuse de la directive, a donc adopté un système fermé⁷. En effet, à partir du moment où l'article 2, § 5, de la loi définit la justification objective et raisonnable, le législateur belge adopte, dans le domaine des relations de travail, une interprétation conforme aux directives en créant un système fermé dans lequel, en matière de relations de travail⁸, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante constitue la seule et unique exception. (En effet, même si cette justification objective et raisonnable n'est pas exclue dans les relations de travail, elle est définie strictement par l'article 2, § 5, qui ne comporte par exemple pas un adjectif « notamment ». De la sorte, la seule justification objective et raisonnable qui peut être admise à la relation de travail est celle prévue par l'article 2, § 5. Il ne s'agit, en l'espèce, nullement d'une lecture stricte du texte mais d'une application normale des principes qui y sont consacrés. En ce sens, il ne pourrait nullement, selon nous, être plaidé comme certains auteurs l'indiquent que « l'exigence professionnelle essentielle et déterminante n'est qu'un exemple de justification objective et raisonnable et que la justification objective et raisonnable ne serait pas exclue dans les relations de travail »⁹).

d) L'état de santé actuel et futur comme critère de discrimination potentielle

On relèvera que parmi les critères qui figuraient dans la définition de la discrimination directe se trouvait « l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique ». Une différence de traitement dans ce domaine devait donc disposer d'une justification objective et raisonnable au sens de l'article 2, § 5, précité. L'annulation partielle décidée par la Cour d'arbitrage, si elle étend ce principe à tous les motifs

¹ Voyez références citées par F. ROBERT, *o.c.*, p. 354.

² *O.c.*, p. 849.

³ *O.c.*, p. 22.

⁴ C. PREUMONT et L. PELTZER, « La loi anti-discrimination. Comment éviter les conséquences absurdes en droit du travail », *Orientations*, 2004/11, p. 3.

⁵ I. AENDENBOOM, « La loi anti-discrimination comme antidérapant ? », *J.D.J.*, 2003, p. 24.

⁶ M. DALLEMAGNE, *o.c.*, p. 17.

⁷ Si I. AENDENBOOM relève que le législateur a fait le choix d'un système ouvert laissant aux Cours et Tribunaux la responsabilité de déterminer ce qui est admissible en terme de justification de la différence de traitement, elle précise néanmoins que l'article 2, § 5, apporte une limitation en ce qui concerne la relation de travail, de sorte que, à notre sens, pour cette question on revient à un système fermé (*o.c.*).

⁸ Comme le concèdent d'ailleurs L. PELTZER et C. PREUMONT, « un système ouvert en matière de relation de travail serait d'ailleurs en contradiction avec la directive européenne qui prévoit un système fermé en matière de discrimination directe » (« La loi anti-discrimination. Comment éviter les conséquences absurdes en droit du travail », *Orientations*, 2004, n° 11, p. 3).

⁹ C. PREUMONT et L. PELTZER, *o.c.*, p. 3.

de discrimination, ne modifie pas ce principe pour les critères relatifs à l'état de santé.

Or, on sait que la loi elle-même a créé de nombreuses différences de traitement fondées notamment sur l'incapacité du travailleur. La plupart de ces dispositions sont relatives à la rupture du contrat de travail et il faudrait, selon nous, se demander si cette loi ne remet pas en cause les principes traditionnellement dégagés par la doctrine et la jurisprudence. On relèvera effectivement que les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 qui permettent de résilier un contrat de travail sans indemnité, en cas d'incapacité de travail de plus de sept jours durant la période d'essai (art. 79) ou après d'incapacité de 6 mois (art. 58 et 78) ou enfin d'invoquer l'incapacité définitive du travailleur comme un cas de force majeure sont bien évidemment sur la sellette.

L. PELTZER et C. PREUMONT¹ se sont émus des conséquences d'une interprétation qu'ils appellent « orthodoxe » de la loi dans le cadre de ce système fermé. Nous partageons l'opinion de ces auteurs en indiquant que sur base du texte légal, les dispositions légales précitées peuvent être inquiétées. En effet, il convient désormais d'en apprécier la régularité eu égard à la nouvelle loi, sans que la réponse à cette question ne soit néanmoins évidente. Nous partageons également l'opinion de ces auteurs lorsqu'ils signalent que la loi pourrait manifestement procéder, dans ce qu'ils considèrent comme une interprétation stricte mais qui nous paraît être une lecture tout à fait normale du texte, d'un potentiel révolutionnaire. Il est incontestable que les travaux préparatoires de la loi ne révèlent pas sur ce point une réflexion suffisante sur les conséquences inattendues de cette disposition ou, en toute hypothèse, que ces conséquences ont été écartées trop rapidement².

En dehors du poids des traditions, est-il sot de s'interroger sur la pertinence du critère de l'état de santé ou de l'incapacité comme mesure servant à fonder une différence de traitement ? Nous ne le pensons pas. Par exemple F. ROBERT³ rappelle que l'article 24 de la Charte Sociale Européenne dispose que « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les parties s'engagent à reconnaître le droit du travailleur à ne pas être licencié sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite ou fondé sur une nécessité de fonctionnement de l'entreprise et de l'établissement du service (...) »⁴ et que, suivant les commentaires de l'article 24, ne constitueraient pas des motifs valables de licenciement notamment

« l'absence temporaire du travail pour raison de maladie ou d'accident, soit l'incapacité »⁵.

A notre sens un réexamen de l'ensemble de ces dispositions particulières est susceptible de se produire en jurisprudence si les plaideurs invoquent l'application de la loi en ce qui concerne l'état de santé. Encore faut-il s'interroger sur les conséquences d'une éventuelle contrariété...

e) Quid en cas de contrariété d'une norme par rapport à la loi du 25 juin 2003 ?

Les conséquences d'une contrariété d'une norme par rapport à la loi du 25 juin 2003 dépendent du niveau de celle-ci :

- S'il s'agit d'une norme inférieure à la loi, le juge pourra refuser de l'appliquer soit sur base de l'article 159 de la Constitution, soit sur base de l'article 9 de la loi du 5 décembre 1968 s'il s'agit d'une convention collective.
- S'il s'agit d'une norme d'un rang égal, la situation ne peut se résoudre à travers la hiérarchie des sources. Comme le rappelle M. DALLEMAGNE selon les travaux préparatoires, pour des normes de rang identique, il a été rappelé que le juge de l'ordre judiciaire ne pouvait pas se prononcer sur le caractère discriminatoire des distinctions opérées par la loi et qu'il revenait à la Cour d'Arbitrage, sur base des articles 10 et 11 de la Constitution, d'opérer ce contrôle et le cas échéant de sanctionner le législateur⁶. M. DALLEMAGNE s'interroge ainsi avec raison sur le fait de savoir si la Cour d'Arbitrage devrait interpréter les articles 10 et 11 de la Constitution au regard de la loi du 25 février 1993 et donc des directives européennes⁷.

C. PREUMONT et L. PELTZER proposent d'invoquer l'adage « *lex specialis derogat lex generali* » qui veut que la loi qui régit une question particulière déroge à la loi générale, de sorte que toutes les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 qui utiliseraient désormais un critère discriminatoire constitueraient désormais des dispositions spécifiques du contrat de travail qui devraient prévaloir sur la loi anti-discrimination⁸, ce qui revient à valider toutes les interventions législatives antérieures. Ces auteurs parviennent, de la sorte, selon eux, à éviter les conséquences absurdes « qui résulteraient de l'application de la loi anti-discrimination avec l'obligation d'écarter toute disposition légale, instaurant une différence de

¹ O.c., p. 3.

² Voyez not. les extraits cités par M. DALLEMAGNE, o.c.

³ F. ROBERT, o.c., p. 347.

⁴ Ces dispositions faisant elles-mêmes référence à la Convention 158 de l'O.I.T. 1982.

⁵ Voyez sur cette question les intéressantes considérations de F. ROBERT, o.c., p. 347.

⁶ M. DALLEMAGNE, o.c., p. 20.

⁷ M. DALLEMAGNE, o.c., p. 20.

⁸ C. PREUMONT et L. PELTZER, o.c., p. 8.

traitement ».

Or, contrairement à ce qu'estiment ces auteurs, nous pensons que cette solution n'est pas juridiquement défendable. En effet, les dispositions spécifiques de la loi du 3 juillet 1978, antérieures à la loi anti-discrimination, ne constituent nullement des dispositions spéciales qui viendraient y déroger mais plutôt, au contraire, des normes qui doivent passer à son crible si la Cour d'arbitrage devait en faire une lecture conjointe avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Dans ce cas, on pourrait considérer que l'adage *lex posterior derogat priori* trouverait plus justement à s'appliquer mais avec des effets distincts... Il pourrait, par contre, être considéré, dans l'examen de validité au cas par cas de ces normes, que le législateur, en édictant une disposition particulière a considéré qu'il s'agissait d'une justification objective et raisonnable mais il faudrait voir systématiquement si elle correspond à l'article 2, § 5.

- En ce qui concerne les actes juridiques unilatéraux (tel le congé) ou bilatéraux, ils doivent bien évidemment avoir un objet et une cause licite. La contrariété aux dispositions légales entraînerait leur nullité.

S'agissant des sanctions propres à la loi « anti-discrimination », on relèvera que le droit à la réintégration prévu dans la loi du 25 février 2003, lorsque l'employeur met fin à la relation de travail ou modifie de manière unilatérale les conditions en violation avec les dispositions légales, trouvera certainement peu à s'appliquer en matière de licenciement puisque le seul travailleur protégé est celui qui a introduit une plainte ou qui a engagé une action en justice. F. ROBERT s'interroge d'ailleurs sur le fait de savoir s'il n'est pas possible de considérer comme discriminatoire le fait que seul le travailleur ayant déposé plainte soit protégé. Comme cet auteur le relève, en effet, à juste titre « pourquoi une telle iniquité car il faut bien admettre que, compte tenu de l'absence de motivation du licenciement, dans la grande majorité des cas et du caractère irrévocable du congé, il est quasi impossible pour un travailleur de déposer plainte préalablement à son licenciement lorsque cette plainte porte sur le contexte, les circonstances ou les conditions de son licenciement »¹.

En cas de plainte, on notera le dispositif relatif à la charge de la preuve qui est fixé à l'article 31 de la loi. Même s'il ne s'agit pas réellement d'un renversement de la charge de la preuve² mais plutôt d'un partage du

fardeau³ de celle-ci, la tâche de l'employeur pour démontrer l'absence de discrimination ne sera pas aisée⁴.

II. Collecte, traitement et utilisation des informations médicales dans la relation de travail

I. Les informations médicales lors du recrutement et de la sélection

a) Les questions sur l'état de santé : principes généraux et droit au respect de la vie privée

Dol et obligation d'information

Lorsqu'il est amené à choisir un travailleur parmi les candidats à un poste de travail, l'employeur est intéressé par les informations relatives à son état de santé. Il souhaitera légitimement savoir si le candidat est physiquement apte à exercer la fonction. Par ailleurs, conformément à l'article 20, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, l'employeur a l'obligation de veiller à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au point de vue de la sécurité et de la santé des travailleurs. Il serait donc responsable s'il engageait un candidat pour un poste qui aurait des effets néfastes sur sa santé ou qui représenterait un risque pour la sécurité ou la santé des autres travailleurs. Enfin, la motivation de l'employeur peut également être d'ordre économique. En effet, dans le souci de garantir la productivité et la compétitivité de son entreprise, l'employeur préférera engager un travailleur en bonne santé qui ne risquera pas, par de fréquentes absences, de désorganiser le travail, et, ainsi, d'occasionner des coûts supplémentaires.

D'autre part, le candidat a une obligation d'information à l'égard de son employeur. En effet, en décidant que : « La réticence d'une partie, lors de la conclusion d'une convention, peut, dans certaines circonstances, être constitutive de dol, au sens de l'article 1116 du Code civil, lorsqu'elle porte sur un fait qui s'il avait été connu de l'autre partie, l'aurait amené à contracter à des conditions moins onéreuses⁵ », la Cour de cassation a reconnu cette obligation d'information au stade pré-contractuel.

Cette obligation d'information lors de la phase pré contractuelle trouve également sa source dans le modèle théorique de la négociation parfaite à la base de

¹ O.c., p. 352.

² Voyez à ce sujet : O. DE SCHUTTER, o.c., pp. 854 et s. Voyez sur le lien avec la problématique de la motivation du congé : F. ROBERT, o.c., p. 356.

³ Similaire à celui prévu dans la Loi du 7 mai 1999 ou dans la loi du 11 juin 2002 (J. JACQUAIN, o.c., p. 23).

⁴ M. DALLEMAGNE, o.c., p. 22.

⁵ Cass., 8 juin 1978, J.T.T., 1978, p. 544.

notre droit des contrats que rappelle M. COIPPEL¹ et qui implique l'égalité entre parties et l'identité de l'information. Le candidat a l'obligation de répondre correctement, voire même de révéler spontanément les informations pertinentes pour la conclusion du contrat de travail. Par contre, il n'a aucune obligation de révéler les informations jugées non pertinentes. Certains auteurs parlent à cet égard d'un droit au silence, voire au mensonge² du candidat. Ainsi, F. LAGASSE va même jusqu'à estimer que, dans cette hypothèse, « le licenciement du salarié « par rancœur », parce que celui-ci a menti lors de la phase de recrutement, pourrait être considéré comme abusif et ouvrir droit à des dommages et intérêts³ ».

Le tribunal du travail de Gand a dans un jugement du 18 mai 1981⁴, résumé les principes d'information qui sont applicables en vertu de l'obligation de bonne foi : chaque partie a le devoir d'informer l'autre dans certaines limites :

- 1) celui qui détient l'information doit savoir ou est censé savoir que l'autre partie attache de l'importance à cette information ;
- 2) l'autre partie n'a pas connaissance de cette information et ne pouvait pas l'avoir ;
- 3) le détenteur de l'information doit lui-même être au courant de l'information demandée ;
- 4) l'information demandée ne doit pas être du domaine de la vie privée ;
- 5) les informations demandées ne peuvent avoir pour conséquence qu'elles conduisent à un refus d'engagement contraire à la loi.

Droit au respect de la vie privée : La convention collective n°38

Il existe, en droit du travail, une disposition qui consacre le droit au respect de la vie privée des candidats dans le cadre d'une procédure de sélection. Il s'agit de l'article 11 de la Convention collective de travail n°38⁵

¹ Note sous Trib. trav. Namur, 4 sept. 1978, *R. R. D.*, 1979, p. 767.

² C. trav. Bruxelles, 22 oct. 1973, *Jura Falconis*, 1981-1982, p. 281 ; G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Paris, La documentation française, 1992, p. 68 ; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst : nietigheid, ontbinding en overmacht*, Kluwer, 1987, p. 162.

³ F. LAGASSE, « La vie privée et le droit du travail », *Chron. D.S.*, 1997, p. 422.

⁴ Trib. trav. Gand, 18 mai 1981, *R. W.*, 1981-82, 1426.

⁵ C.C.T., n° 38 du 6 déc. 1983 concernant le recrutement et la sélection des travailleurs, modifiée par les conventions collectives de travail n° 38bis du 29 oct. 1991, n° 38ter du 17 juill. 1998, n° 38quater du 14 juill. 1999 et n° 38quinquies du 21 déc. 2004 (ratifiée par l'A.R. du 11 juin 1984, *M.B.*, 28 juill. 1984), consultable sur le site du C.N.T. (<http://www.cnt-nar.be>). Pour la doctrine : O. VANACHTER, « Une convention collective de travail concernant le recrutement et la sélection de travailleurs », *Orientations*, 1984, pp. 18-19 ; R. VAN VARTENBERG, « Recrutement et sélection des travailleurs », *Orientations*, 1990, pp. 65-70 ; H. SCHYVENS, « C.A.O. Nr 38

qui dispose que : « La vie privée des candidats doit être respectée lors de la procédure de sélection. Cela implique que des questions sur la vie privée ne se justifient que si elles sont pertinentes en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction. »⁶. L'obligation de respect de la vie privée du candidat s'impose non seulement à l'employeur mais également à ses mandataires, entre autres les psychologues et médecins qui participent aux activités de sélection⁷.

Nous pensons, avec H. CLAUWAERT⁸, que le critère de pertinence est en deçà du critère de proportionnalité consacré par l'article 8 de la Convention des Droits de l'Homme⁹ qu'il convient de respecter en tout état de cause.

Par ailleurs, l'article 13 de cette même convention oblige le candidat à collaborer de bonne foi à la procédure de sélection¹⁰. Notons enfin que l'article 12 de la C.C.T. n°38 impose à l'employeur de traiter toutes les informations concernant le candidat de manière confidentielle.

Information relative à la grossesse

Cette information relève de la vie privée et ne doit pas être communiquée à l'employeur. Par ailleurs, elle pourrait donner lieu à un refus d'embauche illégal, soit constitutif de discrimination¹¹. On reconnaît générale-

betreffende de werving en de selectie van werknemers : een stap in de richting van een volwaardig aanwervingsrecht ? », *Chron. D.S.*, 1984, pp. 61-81 ; W. VAN BECKHOUTTE, « Juridische aspecten bij aanwerving », *o.c.*, p. 25.

⁶ Notons toutefois la portée très limitée de l'article 11. En effet, il n'a non seulement pas été rendu obligatoire par arrêté royal mais en outre l'article 7 de la C.C.T. n° 38 en restreint expressément la portée en précisant que : « Les parties signataires s'engagent à user de leur autorité auprès de leurs membres afin qu'ils respectent, en matière de recrutement et de sélection, les règles de conduite telles qu'elles sont déterminées dans les articles 8 à 18 ». L'article 11 de la C.C.T. constitue dès lors, non pas une disposition normative qui s'impose aux employeurs membres des organisations signataires mais une disposition obligatoire pour les parties signataires. Néanmoins, en l'absence de disposition spécifique, aucune sanction ne pourra être appliquée à l'organisation qui aurait manqué à ses obligations. On peut donc conclure que l'article 11 n'a qu'une valeur de recommandation à l'égard des parties signataires de la Convention.

⁷ Commentaire de l'article 11 de la C.C.T. n° 38.

⁸ H. CLAUWAERT, « Le respect de la vie privée lors de la recherche d'un emploi et de la sélection du personnel », *Rev. trav.*, 1997, p. 18.

⁹ N. HAUTENNE, « Tests génétiques préalables à l'embauche et droit au respect de la vie privée », *Annales d'études européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 275-318 ; également F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Bruges, Die Keure, 1999, p. 240.

¹⁰ La portée de cet article est également limitée dans la mesure où en vertu de l'article 19 de la loi du 5 décembre 1968, une Convention collective ne s'applique aux travailleurs que par l'intermédiaire de leurs employeurs, ce qui n'est pas encore le cas des candidats qui sont hors du champ d'application du droit collectif.

¹¹ Dir. n° 76/207/CEE du Conseil du 9 févr. 1976 relative à la mise en application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'accès à la vie active, des

ment à la femme enceinte non seulement le droit de se taire si cette question lui est posée et sans que l'employeur ne puisse ultérieurement invoquer le dol mais également le droit de mentir à propos de son état¹.

Notons toutefois que l'information relative à l'état de grossesse doit être communiquée si la candidate postule à un emploi impliquant des conditions particulières qui peuvent s'avérer dangereuses pour la femme enceinte ou pour le fœtus et qui justifie un écartement de celle-ci. Dans ce cas, l'employeur est fondé à solliciter des informations sur l'état de grossesse de la candidate. Dans cette hypothèse notons toutefois que la Cour de justice a décidé que : « La directive 76/207/CE s'oppose au refus d'engager une travailleuse enceinte pour une durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe cet emploi dès le départ² ».

b) La loi du 28 janvier 2003

Il y a également lieu de faire état de la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail qui définit les principes généraux qui s'imposent lorsque l'employeur envisage de faire passer des examens médicaux à un travailleur ou à un candidat à l'embauche ou de collecter des informations relatives à l'état de santé le concernant. L'article 6 de la loi précise expressément que l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée, concernant les données relatives à la santé, est applicable aux informations recueillies dans le cadre d'examens médicaux. Aux termes de l'article 3 de cette loi, les tests biologiques, examens médicaux ou les collectes d'informations orales, en vue d'obtenir des informations médicales sur l'état de santé ou des informations sur l'hérédité d'un travailleur ou d'un candidat travailleur, ne peuvent être effectués pour d'autres considérations que celles tirées de ses aptitudes actuelles et des caractéristiques spécifiques du poste à pourvoir. Par contre, l'examen génétique prévisionnel et le test de dépistage de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine sont interdits.

Par ailleurs, le candidat travailleur doit être informé par lettre confidentielle et recommandée, dix jours avant l'examen, du type d'information que l'on recherche, de l'examen auquel il sera soumis et des raisons pour

formations professionnelles et de chances de promotion par rapport au contrat de travail, *J.O.C.E.*, L. 39/40, du 14 févr. 1976.

Trib. trav. Gand, 18 mai 1981, *R.W.*, 1981-82, 1426 ; voy. aussi : C. trav. Anvers, 25 mai 1990, *Chron. D.S.*, 1995, p. 223, note H. FUNCK et J. JACQMAIN ; *C.J.C.E.*, 8 nov. 1990 (HERTZ C. ALDI), 88/179, *Chron. D.S.*, 1991, p. 48, note J. JACQMAIN et *J.T.T.*, 1991, p. 122.

¹ F. LAGASSE, « La vie privée et le droit du travail », *Chron. D.S.*, 1997, pp. 417-435.

² *C.J.C.E.*, 3 févr. 2000 (MAHLBURG), 207/98, *J.T.T.*, 2000, 121, note et *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I, p. 549.

lesquelles celui-ci sera effectué. Enfin, les tests biologiques et les examens médicaux ne peuvent être demandés ou exécutés que par le conseiller en prévention-médecin du travail qui est attaché au département chargé de la surveillance médicale du service interne de prévention et de protection au travail ou qui est attaché au département chargé de la surveillance médicale du service externe de prévention et de protection au travail auquel l'employeur fait appel³. Le conseiller en prévention-médecin du travail communique sa décision à l'employeur et au candidat au moyen de la fiche d'examen médical prescrite en exécution de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail⁴.

Nous regrettons toutefois qu'une meilleure coordination ne soit pas intervenue entre la loi du 28 janvier 2003 et l'adoption de l'arrêté royal du 28 mai 2003. Ces textes, portant sur des problématiques identiques n'utilisent pas la même terminologie et ne sont pas toujours facilement conciliables.

c) Incidence de la loi du 8 décembre 1992

Il convient également de rappeler que dans la mesure où la collecte d'information s'inscrit dans le cadre d'un traitement automatisé soumis à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée, l'employeur est tenu d'en respecter les limites⁵ et de se plier à toutes les conditions applicables au traitement, notamment, le devoir d'information de la personne concernée.

La Commission de la Protection de la Vie Privée a souligné, en se référant à l'article 11 de la Convention collective de travail n° 38, que la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée adopte la même limitation et ne permet pas que des données excessives soient récoltées, conservées, transmises, en fin de compte, traitées. De ce fait, la Commission recommande de ne poser aucune question au candidat relative à leur état de santé lorsque l'exercice de la fonction à pourvoir n'engendre pas de risques particu-

³ Toute déclaration d'incapacité doit être motivée par écrit par le conseiller en prévention-médecin du travail qui doit la transmettre à un médecin désigné par l'intéressé, sous peine de nullité. Des conditions et des modalités supplémentaires pour ce qui est de l'élaboration et de la transmission de la motivation écrite par le médecin peuvent par ailleurs être définies par arrêté royal (art. 3, § 3).

⁴ La loi prévoit, en son article 5, la possibilité de permettre des examens médicaux interdits dans des cas à déterminer par arrêté royal. Le Roi détermine, également par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les conditions dans lesquelles les examens autorisés en vertu de l'alinéa 1 seront effectués.

⁵ Cf. p. 64, point C, *supra*. L'article 10 de la recommandation n°R(89) 2 du Conseil de l'Europe sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi contient des directives particulières quant au traitement de données sensibles dans la phase de recrutement (<http://cm.coe.int/ta/rec/1989/f89r2.htm>).

liers et de se limiter aux questions objectivement nécessaires¹.

Rappelons également qu'il est, en principe, interdit à l'employeur de collecter des données relatives à la santé sauf sous le bénéfice des exceptions prévues à l'article 7 de cette loi comme expliqué *supra*. S'il ne peut s'appuyer sur d'autres exceptions, l'employeur devra obtenir le consentement écrit du candidat². Par ailleurs, il ne peut en principe se procurer des données relatives à la santé qu'auprès du candidat. Sauf à effectuer cette collecte de données relatives à la santé sous la responsabilité d'un professionnel de la santé, l'employeur devra en outre solliciter le consentement écrit spécifique du candidat sur l'absence de l'intervention de ce professionnel de la santé. Compte tenu de la loi du 28 janvier 2003, cette exception n'est néanmoins pas susceptible de s'appliquer puisque l'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail est obligatoire pour les tests médicaux.

Pour ce qui est du cas particulier des tests de personnalité ou psycho-techniques, la Commission de la Protection de la Vie Privée indique que, afin de satisfaire à l'exigence d'exactitude des données traitées, il est nécessaire que ces tests et leur interprétation soit réalisés sous la responsabilité d'un psychologue ou, et avec l'accord du candidat, par une personne dûment formée à ce type de missions par un psychologue³. Mais cela suffirait-il à satisfaire à l'exigence selon laquelle ces traitements doivent être effectués sous la responsabilité d'un professionnel de la santé⁴ ?

Par ailleurs, il est utile de rappeler que l'article 12bis de la loi du 8 décembre 1992 interdit qu'une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne soit prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données. Ainsi lorsque l'employeur recourt à l'utilisation d'un test d'embauche dont l'analyse est informatisée et automatisée, il lui faut mettre en place une procédure permettant au candidat de faire valoir utilement son point de vue sur les résultats ainsi obtenus⁵.

d) Les examens médicaux organisés par la loi dans le cadre de la surveillance de la santé au travail

Les examens obligatoires

Certains candidats au travail sont obligatoirement soumis à un examen médical d'embauche, appelé évaluation de santé préalable prévu et organisé par l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs⁶.

Conformément à l'article 26 l'arrêté royal, il s'agit des travailleurs suivants :

- 1° les travailleurs recrutés pour être occupés à un poste de sécurité, à un poste de vigilance, à une activité à risque défini ou à une activité liée aux denrées alimentaires ;
- 2° les travailleurs en service à qui une autre affectation est attribuée au sein de l'entreprise ou de l'établissement, qui a pour effet de les occuper à un poste de sécurité, à un poste de vigilance, à une activité à risque défini ou à une activité liée aux denrées alimentaires, auquel ils n'étaient pas antérieurement occupés, ou qui a pour effet de les occuper pour la première fois à un tel poste ou à une telle activité.

Signalons que la catégorie des travailleurs à risque défini résulte de l'analyse des risques qui doit être effectuée régulièrement au sein de l'entreprise, sous la responsabilité de l'employeur et avec le concours du conseiller en prévention et du Comité pour la prévention et la protection au travail (art. 2, 3°).

L'arrêté royal détermine les finalités en vertu desquelles peut être réalisée la surveillance de la santé. Parmi celles-ci la promotion des possibilités d'emploi pour tout un chacun, y compris pour les travailleurs dont l'aptitude au travail est limitée (art. 3 a) ; la protection de la sécurité et de la santé du travailleur (art. 3 b) et de ses collègues (art. 3 f) ; la détermination de l'aptitude actuelle du candidat (art. 3 g).

L'article 14 de l'arrêté royal interdit à l'employeur la réalisation d'autres tests ou examens médicaux notamment dans un autre but que celui de fonder la décision d'aptitude du candidat ou du travailleur, soumis à la surveillance de santé obligatoire, en rapport avec les caractéristiques du poste de travail ou de l'activité à risque défini concernés. Nous reviendrons ci-dessous sur cette disposition qui devrait lever les doutes existant quant à l'illégalité des pratiques de sélection médicale.

Par ailleurs, l'article 28 de l'arrêté royal énumère les examens qui doivent au moins être effectués dans le cadre de l'évaluation préalable. Cette évaluation doit être complétée en vertu de dispositions réglementaires spécifiques par certaines prestations supplémentaires.

¹ Avis d'initiative n° 08/2002 de la Commission de la Protection de la Vie Privée relatif au traitement de données à caractère personnel réalisé par des sociétés privées d'intérim, p. 2.

² Voyez cependant les limites imposées par l'article 27 de l'arrêté royal du 13 février 2001.

³ *Id.*, p. 2.

⁴ Cfr. notre commentaire à cet égard, p. 69.

⁵ Avis d'initiative n° 08/2002 de la Commission de la Protection de la Vie Privée relatif au traitement de données à caractère personnel réalisé par des sociétés privées d'intérim, p. 2.

⁶ M.B., 16 juin 2003.

res également énumérées. Il nous semble qu'à ce niveau, la seule marge de manœuvre des conseillers en prévention-médecins du travail réside dans la possibilité de dispenser le cas échéant tout ou partie des prestations conformément à l'article 29.

L'arrêté royal détermine également le moment de réalisation de l'évaluation qui doit se faire en toute dernière étape de la procédure de sélection afin de pouvoir contrôler la réalité des motifs de refus éventuel d'embauche liés à la santé.

L'arrêté royal impose au conseiller en prévention-médecin du travail de justifier toute décision d'inaptitude suite à un examen de santé préalable. Cette justification peut être adressée, à la demande du candidat à son médecin traitant. L'arrêté royal ne prévoit toutefois pas de procédure de recours à ce stade. Notons que la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail prévoit quant à elle la possibilité d'instituer une procédure de recours dès le stade de l'embauche¹.

L'exigence de respect de la vie privée est également rappelée par l'arrêté royal de même que l'application de la législation sur le traitement de données à caractère personnel² et renforcée par des dispositions relatives à l'obligation de secret médical ainsi que les modalités de conservation et d'accès au dossier de santé. Il est cependant à noter que l'employeur n'est pas le responsable des traitements liés à la gestion du dossier santé du travailleur. Aux termes de l'article 93 de l'arrêté royal, ce rôle revient au conseiller en prévention-médecin du travail qui dirige la section ou le département de surveillance médicale³. Les traitements portant sur des données relatives à la santé que l'employeur serait amené à réaliser et qui s'avèreraient nécessaires au vu des obligations que lui impose l'arrêté royal⁴ sont couverts, à notre estime, par l'exception de l'article 7, § 2, b, relatif à l'exécution des obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail.

Les examens interdits

La loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail interdit, tant au stade de l'embauche qu'en cours d'exécution du contrat de travail la réalisation l'examen génétique prévisionnel et le test de dépistage de l'infection par le

virus de l'immunodéficience humaine⁵. Cette interdiction paraît conforme à un courant doctrinal et jurisprudentiel dominant basés sur le droit au respect de la vie privée, le droit à la non discrimination et l'absence de nécessité de réaliser de tels examens⁶. Précisons toutefois que la loi prévoit que des exceptions à cette interdiction pourront résulter d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

Les autres examens ?

Comme le soulignent A. NAYER et J.-C. BODSON⁷, la réalité démontre que les employeurs sollicitent fréquemment des examens médicaux en dehors des hypothèses visées expressément par la réglementation, dans un but de sélection des candidats sur base de leur état de santé. Ces examens sont-ils légitimes eu égard à l'exigence de respect dû à la vie privée des travailleurs ?

La question est double. Il s'agit de savoir d'une part si le conseiller en prévention-médecin du travail peut réaliser, à la demande de l'employeur d'autres examens que ceux expressément prévus par la réglementation. D'autre part, l'employeur peut-il faire appel à d'autres services médicaux pour effectuer des tests de sélection médicale à l'embauche ?

Ces questions ont fait l'objet de controverses et de pratiques diversifiées. S'il est plus ou moins acquis que le conseiller en prévention-médecin du travail doit se limiter à la pratique d'une médecine de prévention et non de sélection, il était beaucoup moins clair que l'employeur ne puisse solliciter par d'autres voies certains tests médicaux de sélection.

¹ L. du 28 janv. 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, art. 7.

² A.R. du 28 mai 2003, art. 79.

³ Cf. p. 69 et notre commentaire relative à l'obligation de surveillance par un professionnel des soins de santé *supra*.

⁴ Voyez par exemple l'article 5, § 2, de l'arrêté royal qui impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour avertir immédiatement le conseiller en prévention-médecin du travail afin que tout travailleur qui se plaint d'un malaise ou de signes d'affection, susceptibles d'être attribués à ses conditions de travail, soit examiné dans les meilleurs délais.

⁵ Pour un commentaire plus détaillé de cette loi : N. HAUTENNE, « Les examens médicaux liés à la relation de travail : bref commentaire de la loi du 28 janvier 2003 », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, liv. 4, pp. 220-224.

⁶ Pour le VIH : Trib. trav. Termonde, 5 janv. 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, pp. 38-50 ; C.J.C.E., 5 oct. 1994 (X. c. COMMISSION), C-404-92-P, *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 101-122, note O. DE SCHUTTER, « Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne » ; également sur le droit de ne pas savoir : T. VANSWEEVELT, *Le sida et le droit*, Bruxelles, 1990, n° 34 ; H. NYS, « Recht en AIDS », *Panopticon*, 1988, p. 19, Diegem, Kluwer, 1995, p. 124, voir également la recommandation n° 10 du 25 juillet 1995 du Conseil national du travail concernant l'égalité de traitement de travailleurs séropositifs.

Pour les tests génétiques : voir « Aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail », avis n° 18 du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne du 28 juillet 2003 ; B. SMEESTERS, « Les tests génétiques à l'embauche et la loi », *La nouvelle génétique médicale*, Bruxelles, éd. De l'Université libre de Bruxelles, 1998, p. 110 ; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht, o.c.*, p. 255 ; N. HAUTENNE, « Tests génétiques préalables à l'embauche et droit au respect de la vie privée », *o.c.*

⁷ A. NAYER et J.-C. BODSON, « Réglementation du travail, sécurité sociale et sida », *Le sida, un défi aux droits*, Actes du colloque organisé à l'Université libre de Bruxelles les 10, 11 et 12 mai 1990, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 659 ; B. SMEESTERS, « Les tests génétiques à l'embauche et la loi », *La nouvelle génétique médicale*, Bruxelles, éd. De l'Université libre de Bruxelles, 1998, p. 111.

Par l'interdiction faite à l'employeur de faire effectuer d'autres examens que ceux expressément prévus, il nous paraît que l'arrêté royal du 28 mai 2003 (art. 14) répond par la négative à la double question. Nous pensons donc que l'article 14 de l'arrêté royal sonne le glas des pratiques de sélection médicale qu'elles soient réalisées par le conseiller en prévention-médecin du travail ou par d'autres services ou centres médicaux ou paramédicaux.

Finalement, nous nous demandons si l'arrêté royal AR du 28 mai 2003, en définissant plus clairement le rôle et les limites de l'intervention du conseiller en prévention – médecin du travail, en limitant les finalités en vertu desquelles il peut agir, en interdisant le recours à d'autres examens ou à d'autres médecins, ne permet pas de mieux protéger la vie privée des candidats et des travailleurs tout en respectant une logique de prévention et de protection de la santé ?

2. La surveillance médicale des travailleurs lors de l'exécution du contrat

Dans le cadre de cette partie, nous rappellerons les principes qui président à la collecte de données médicales dans le cadre de la surveillance de la santé au travail telle qu'elle est organisée par l'arrêté royal du 28 mai 2003. L'objectif est de vérifier si ces principes suffisent à respecter la vie privée des travailleurs et à éviter les risques de discrimination. Nous rappelons par ailleurs que les principes définis dans le cadre de la section relative aux informations médicales collectées lors du recrutement et de la sélection (cf. *supra*) concernant la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail et à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée sont également applicables à la surveillance médicale dans le cadre de l'exécution du contrat de travail.

a) Les examens obligatoires

Evaluation de santé périodique

Dans une perspective de prévention de la santé au travail, l'employeur est tenu de soumettre certains travailleurs à une évaluation de santé périodique¹. Les prestations à effectuer sont énumérées à l'article 28. Il s'agit notamment d'un examen clinique général, de la recherche des anomalies et contre-indications au poste de travail, etc. Dans certains cas prévus par une réglementation spécifique, des examens supplémentaires doivent être effectués. Le conseiller en prévention-médecin du travail peut toutefois remplacer ces prestations par d'autres à condition qu'elles aient le même degré de validité et de fiabilité et qu'il en informe le

comité pour la prévention et la protection au travail. L'article précise également que, dans ce cas, les examens choisis seront ceux qui respectent au mieux l'intégrité physique du travailleur et garantissent sa sécurité. On constate que la marge de manœuvre laissée à la libre appréciation du médecin du travail est balisée par le principe de proportionnalité.

Par ailleurs, lorsque les moyens prévus par l'arrêté royal ne suffisent pas à diagnostiquer une affection d'origine professionnelle, le conseiller en prévention-médecin du travail peut effectuer tous examens complémentaires jugés indispensables.

Rappelons enfin que l'objectif de cette évaluation de santé périodique est précisé à l'article 3 et consiste notamment à dépister aussi précocement que possible des affections professionnelles, conseiller les travailleurs sur les affections ou déficiences dont ils seraient atteints, fonder la décision d'aptitude au travail, ... bref des objectifs exclusivement liés à la prévention et à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Il est également précisé que c'est l'évaluation de santé périodique qui doit permettre au conseiller en prévention-médecin du travail de faire des propositions à l'employeur concernant notamment la réduction de certaines expositions, l'adaptation du poste de travail voire le retrait du travailleur.

Les travailleurs occupés dans l'environnement immédiat d'un travailleur soumis à l'évaluation obligatoire peuvent également être surveillés à l'initiative du conseiller en prévention-médecin du travail, de l'employeur ou des représentants des travailleurs. C'est ce que l'arrêté royal appelle l'extension de la surveillance de santé.

Examen de reprise/pré-reprise du travail

L'arrêté royal organise un examen à effectuer après une incapacité de travail de plus de quatre semaines en vue de vérifier l'aptitude au travail et, en cas d'incapacité d'appliquer des mesures de prévention ou de protection.

Afin de permettre la réalisation de cet examen avant la reprise effective du travail et ainsi améliorer l'efficacité des éventuelles mesures d'adaptation – plus faciles à mettre en œuvre avant la reprise qu'après celles-ci, un arrêté royal du 4 juillet 2004 vient compléter l'arrêté royal du 28 mai 2003 et prévoit un examen de pré-reprise effectué par le conseiller en prévention-médecin du travail à la demande du travailleur. A ce stade, le conseiller en prévention-médecin du travail ne se prononcera que sur les éventuelles adaptations du poste de travail et non sur l'aptitude.

¹ Il s'agit des travailleurs occupés à un poste de sécurité, à un poste de vigilance, à une activité à risque défini ou à une activité liée aux denrées alimentaires (art. 30)

Consultation spontanée

La consultation du conseiller en prévention-médecin du travail peut également avoir lieu à l'initiative du travailleur, soumis ou non à l'évaluation périodique, qui craint pour sa santé en raison d'un manque de mesures de prévention. Elle est dans ce cas, susceptible de déboucher sur une décision du conseiller en prévention-médecin du travail.

Surveillance de santé prolongée

La surveillance prolongée est un nouveau type d'examen mis en place par l'arrêté royal du 28 mai 2003. Il s'agit, dans ce cas, de poursuivre la surveillance de la santé d'un travailleur exposé à des agents chimiques, physiques ou biologiques et ce, après la cessation de l'exposition, que le travailleur fasse ou non encore partie de l'entreprise.

Travailleurs à risques particuliers

Des arrêtés royaux devront préciser les examens particuliers appropriés à la surveillance de la santé de certains travailleurs à risque particulier comme le travailleur handicapé, la travailleuse enceinte ou allaitante, les jeunes travailleurs, stagiaires et intérimaires. L'article 47 précise qu'aucun de ces travailleurs ne peut être licencié du seul fait de son appartenance à cette catégorie.

b) Autres examens et sanctions

Nous renvoyons à ce qui a été dit concernant la période d'embauche pour les examens interdits et également pour la possibilité d'effectuer d'autres tests que ceux prévus par la réglementation. Nous pensons en effet qu'en cours d'exécution du contrat, de même qu'avant l'embauche, l'employeur ne peut faire effectuer d'autres examens qui auraient un objectif autre que ceux prévus par l'arrêté royal du 28 mai 2003 notamment celui de pratiquer une médecine de sélection.

Cet arrêté royal ne prévoit cependant pas de sanction à charge de l'employeur ou du conseiller en prévention qui pratiquerait ce type d'examen. Sur le plan civil, le candidat ou travailleur lésé pourrait invoquer l'article 1382 du Code civil et réclamer des dommages et intérêts à l'employeur sur base du non respect du droit à la vie privée et/ou de l'arrêté royal du 28 mai 2003 qui interdit la médecine de sélection.

D'autre part, la loi du 28 janvier 2003 prévoit des sanctions pénales en cas de non respect de ses dispositions. Le fait d'effectuer un examen génétique prévisionnel ou un test de dépistage du VIH est donc passible d'une peine d'emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 100 à 10.000 euros de même que le fait de pratiquer des examens en dehors des finalités prescrites par l'article 3, § 1^{er}, de la loi.

De plus, la décision de refus d'embauche ou de licenciement qui suivrait un examen médical injustifié serait constitutive de discrimination sur base de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimina-

tion et entraînerait donc l'application des mécanismes de protection prévus par la loi (cfr. *supra*).

Enfin, nous pensons que l'acte médical posé par le conseiller en prévention-médecin du travail qui ne respecterait pas l'arrêté royal du 28 mai 2003, soit qui pratiquerait, à la demande de l'employeur une médecine de sélection, serait injustifié légalement. En effet, cet acte constitutif d'une atteinte, même minime à l'intégrité physique du travailleur, ne trouverait de justification ni dans l'objectif de prévention de la santé prévu par l'arrêté royal, ni même plus globalement dans un objectif thérapeutique. Il semble dès lors que cet acte serait passible de sanction pénale sur base du délit de coups et blessures¹.

c) Secret médical et conseiller en prévention médecin du travail

L'obligation au secret médical du conseiller en prévention-médecin du travail est rappelée par l'article 24 de l'arrêté royal². Elle découle également selon nous de l'article 458 du Code pénal³.

Certains estiment cependant que, n'étant pas dans une relation de soins, le médecin n'est pas soumis à l'article 458 du Code pénal⁴. A l'inverse, d'autres auteurs considèrent que la règle du secret est applicable à tous les médecins, sans exception, en ce compris le médecin du travail en tenant toutefois compte de certaines dérogations propres à l'accomplissement de sa mission⁵.

¹ C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1987, notamment p. 42. Notons que les actes posés par le conseiller en prévention-médecin du travail trouvent leur justification dans les objectifs précis prévus par la réglementation. En principe, nul n'est besoin d'invoquer un but thérapeutique, même envisagé de manière très extensive, pour justifier son activité. Même à considérer que ce serait le cas, *quod non*, une médecine de sélection ne pourrait, à notre avis, bénéficier de cette justification.

² *Sans préjudice des dispositions de la section 8 relatives à la déclaration de maladies professionnelles, les conseillers en prévention-médecins du travail et les personnes qui les assistent sont strictement tenus au secret professionnel, en ce qui concerne le contenu du dossier de santé.*

³ La question a en effet fait l'objet d'une controverse. Pour plus de détails sur cette question : A. VAN REGENMORTEL, « Actuele knelpunten bij de oefening van de arbeidsgeneeskunde », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Maklu, Anvers, 1993, pp. 183 et s. ; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, p. 232 ; H. NYS, « Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde : enkele juridische aspecten », *Chron. D.S.*, 1987, p. 233 ; N. HAUTENNE, « Secret, génétique et emploi... », *Ethica Clinica*, sept. 2001, n° 23, pp. 19-21.

⁴ W. VAN BECKHOUTTE, « Juridische aspecten van het gebruik van alcohol op en om het werk », *Chron. D.S.*, 1986, p. 320.

⁵ X. RYCKMANS et R. MEERT VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, 1971, Bruxelles, Larcier, p. 155 ; A. VAN REGENMORTEL, *o.c.*, pp. 183 et s. ; H. NYS, *o.c.*, p. 233 ; F. KEFER, « Le secret médical dans la législation sociale », *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 622.

Par contre, « toutes les constatations d'ordre médical relèvent du secret professionnel »¹. Le médecin contrôleur ne peut donc communiquer à l'employeur :

- « l'affection dont le travailleur est atteint »² ;
- son avis sur le caractère temporaire ou définitif d'une incapacité de travail³. T. BALTHAZAR relève ainsi que l'Ordre des médecins considère qu'une estimation de la durée de l'incapacité de travail viole le secret médical, cette opinion étant néanmoins contestée par une partie de la doctrine⁴.

On relèvera toutefois que la l'article 31, § 3, al. 2, étend la sphère de contrôle de l'employeur via le médecin contrôleur en disposant que celui-ci peut également vérifier et donc communiquer « les autres données médicales pour autant que celles-ci soient nécessaires à l'application des dispositions de la présente loi ». L'exposé des motifs de la loi prévoit qu'il s'agit, entre autre, de la raison de l'incapacité de travail, comme une maladie, un accident de droit commun, une maladie professionnelle, un accident du travail, un accident de sport⁵. L'étendue des informations médicales concernées est donc limitée par un principe de finalité à savoir celui du paiement du salaire garanti^{6 7}.

¹ P.-P. WATRIN, *o.c.*, p.8. L'application de l'article 458 du Code pénal au médecin contrôleur est controversé, une partie de la doctrine estimant que le médecin contrôle n'est pas lié par le secret professionnel visé par l'article 458 du Code pénal, ne s'agissant pas d'une relation thérapeutique par rapport au client (voyez références citées par T. BALTHAZAR, *o.c.*). La Cour de Cassation avait considéré, dans son arrêt du 6 décembre 1984, que le médecin contrôleur était tenu par le secret professionnel en se basant sur l'article 31 de la loi du 3 juillet 1978 qui impose le secret (Cass., 6 déc. 1984, *Pas.*, 1984, p. 436) sans néanmoins se prononcer sur le fait de savoir s'il s'agissait du secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal. Le seul intérêt de la controverse réside dans la possibilité d'infliger une sanction pénale (M. DELANGE, « Le certificat médical en droit du travail », *Orientations*, 2003, n° 2, p. 19)

² P.-P. WATRIN, *o.c.*, p.8.

³ Cass., 6 déc. 1984, *Pas.* 1985, I, p. 436.

⁴ Voyez références citées par T. BALTHAZAR, *o.c.*, p.16.

⁵ « Le projet de loi relatif à la médecine de contrôle », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-99, n° 2106/1, p. 3.

⁶ Voir plus spécifiquement les documents du S.P.F. Emploi et travail, <http://www.meta.fgov.be/pa/paa/framesetfrk00.htm>, « Incapacité de travail en raison d'une maladie ou d'un accident ».

⁷ Le médecin contrôleur peut-il informer l'employeur du fait que l'incapacité de travail résulte d'une faute grave du travailleur ? J.-C. OSSELAER (*o.c.*, p. 9) considère que non en s'en référant à la position de l'Ordre des médecins (*Bull. Conseil national de l'Ordre des Médecins* 1998; 79 : p. 29) alors qu'il s'agit pourtant d'une information utile à l'employeur dans le cadre du même article de la loi du 3 juillet 1978. Certes, il ne s'agit pas à proprement parler d'une donnée médicale mais d'un fait matériel (voyez *infra*) qui ne peut être connu par le médecin contrôleur que si le travailleur lui a confessé de sorte qu'il s'agirait peut-être d'une information couverte par le secret professionnel. Il demeure que l'on pourrait en dire autant de la survenance de l'accident durant une manifestation sportive. Selon nous, s'agissant d'une information nécessaire à l'application des règles relatives au salaire garanti, elle de-

Les données relatives à la santé traitées par l'employeur doivent l'être dans le respect des exigences de la loi du 8 décembre 1992. On peut considérer que dans la mesure où le traitement de ces données est nécessaire au respect par l'employeur de la loi du 3 juillet 1978 et plus particulièrement pour le paiement du salaire garanti, l'employeur bénéficie de l'exception prévue à l'article 7, § 2, b). Il reste que, sauf consentement du travailleur sur ce point, sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé comme l'exige l'article 7, § 4, de la loi du 8 décembre 1992. Le respect de cette condition ne pose pas de difficulté pour les données traitées par le médecin contrôleur⁸. Par contre, l'employeur devra prendre les mesures nécessaires pour s'assurer du respect de cette exigence concernant les données qui peuvent être qualifiées de données relatives à la santé qu'il traite suite à leur communication par le médecin - contrôleur⁹.

Même si cela peut être discuté, nous partageons l'opinion de M. DELANGE qui considère que le législateur, en modifiant l'article 31, § 3, et en chargeant le médecin contrôleur de révéler les autres données médicales nécessaires à l'application des dispositions de la présente loi, ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le médecin contrôleur pouvait donner son opinion sur le caractère définitif de l'incapacité de travail¹⁰. Ainsi, la jurisprudence antérieure qui considérait que le médecin contrôleur n'avait pas à le faire¹¹ nous paraît demeurer d'actualité. Il semble en effet que le législateur n'ait eu à l'esprit que les éléments pouvant influencer dans la loi du 3 juillet 1978 le paiement du salaire garanti même s'il pourrait être soutenu que le caractère définitif de l'incapacité, permettant de rompre le contrat pour force majeure, influence indirectement le salaire garanti.

Le médecin contrôleur peut, par contre, relater à l'employeur des faits matériels qu'il aurait constaté à l'occasion de sa mission¹² à condition que ceux-ci ne soient pas couverts par le secret professionnel. Ainsi sont également couverts par le secret professionnel :

- les faits appris dans l'exécution de la mission qui démontreraient par exemple le mécontentement

vrait pouvoir être signalée à l'employeur (en ce sens : P.-P. WATRIN, *o.c.*, p. 8).

⁸ Parce ce que dernier est le responsable de ces traitements et non l'employeur. Il ne nous semble pas, en effet, que le médecin contrôleur puisse être considéré comme un sous-traitant de l'employeur qui resterait alors le responsable de traitement. En toute hypothèse, les traitements sont effectués par et donc le contrôle du médecin contrôleur qui est un professionnel des soins de santé de sorte que cette exigence légale est rencontrée.

⁹ Voy. *supra*, p. 63, la discussion relative à la qualification des données contenues dans un d'un certificat médical en tant que donnée relative à la santé.

¹⁰ Voyez M. DELANGE, *o.c.*, pp. 18 et s.

¹¹ Certaines juridictions considéraient néanmoins que l'avis du médecin contrôleur, s'il n'est pas contesté, pourrait suffire à justifier de la force majeure (C. trav. Gand, 4 mai 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 24).

¹² P.-P. WATRIN, *o.c.*, p. 8.

face au travail, des critiques de l'employeur, une situation familiale ou tout autre élément relevant de la vie privée)¹ ;

- le fait que le travailleur serait ivre au moment de l'examen fait partie du secret professionnel².

N'étant pas couverts par le secret professionnel, les faits matériels suivants pourraient ainsi être rapportés :

- le fait que le travailleur n'était pas à la maison et a refusé de se laisser examiner peut être communiqué à l'employeur³ ;
- le fait de trouver le travailleur dans une activité incompatible avec l'état de santé allégué ou au refus de se soumettre à l'examen⁴.

Enfin, on sait que les attestations du médecin traitant et du médecin de contrôle sont d'une valeur équivalente⁵. En cas de différends de nature médicale entre les deux médecins, une procédure d'arbitrage est établie par l'article 31, § 5⁶. La nature du contrôle est identique : le rapport du médecin arbitre ne porte que sur l'aptitude au travail du patient sans aucune justification⁷. Le médecin arbitre peut néanmoins communiquer au médecin traitant ou au médecin contrôleur des éléments médicaux justifiant sa décision⁸.

4. Les informations médicales et la rupture du contrat

a) Introduction : l'interdiction de discrimination sur base de l'état de santé et la rupture du contrat

De manière générale on peut relever, à travers les critères du licenciement abusif, qu'une information médicale ne peut servir à fonder un licenciement si elle n'a pas de conséquences sur l'aptitude du travailleur et/ou l'intérêt de l'entreprise. Cet intérêt de l'entreprise est bien entendu avant tout un intérêt économique mais aussi organisationnel. Davantage que l'état de santé du travailleur, c'est sa répercussion, le plus souvent en terme d'incapacité, qui va pouvoir fonder le licenciement et nous examinerons cette question ci-après.

En conséquence, il est clair que le licenciement, sur base d'informations médicales qui n'auraient pas de répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise ou du travail du travailleur, serait abusif. Ainsi le licenciement d'un ouvrier qui souffrirait de diabète alors qu'il effectue normalement son travail est abusif⁹. De même, dans une espèce un peu particulière, le tribunal du travail de Termonde avait ainsi considéré que le licenciement pour séropositivité en cas d'un test HIV était abusif¹⁰. Le tribunal du travail de Bruxelles a aussi considéré qu'était abusif le licenciement d'un employé pour surcharge pondérale, alors que celle-ci avait déjà pu être constatée par le médecin du travail avant l'engagement¹¹. La cour du travail de Gand a, quant à elle, estimé non abusif le licenciement d'un employé qui dégageait une odeur de transpiration insupportable¹² mais il peut être considéré que cela avait un impact sur le travail.

Cette solution devrait selon nous être identique que le travailleur soit ouvrier ou employé. Dans le cadre de l'article 63, le licenciement n'est en effet pas fondé sur l'attitude ou l'aptitude du travailleur et encore moins sur les nécessités de l'entreprise¹³. Pour les employés, un tel congé pourrait être sanctionné selon nous parce qu'en exerçant son droit de licencier, l'employeur excède les limites fixées par la bonne foi ou par l'objectif pour lequel ce droit lui est accordé¹⁴ ou encore parce que le droit de donner congé, qui est un droit fonction, est détourné de ses finalités économiques et sociales¹⁵. La jurisprudence retient aussi parfois les critères de l'absence de l'intérêt légitime ou de la motivation liée au fonctionnement de l'entreprise¹⁶.

b) Le licenciement pour motif grave d'un travailleur en incapacité de travail

Le licenciement pour motif grave d'un travailleur malade n'est bien évidemment pas fondé si l'employeur entend considérer que le motif grave résulterait de la seule incapacité du travailleur qui par nature ne peut pas être considéré comme fautive si elle est justifiée. Ainsi, en toute hypothèse, l'absence au travail, si elle est justifiée par des certificats médicaux, ne peut pas

¹ C. trav. Mons, 20 janv. 1992, *R.D.S.*, 1993, p. 217.

² Trib. trav. Anvers, 27 nov. 1984, *R.W.*, 1985-1986, p. 1231, note J. HAAGDORENS.

³ T. BALTHAZAR, *o.c.*, p. 16.

⁴ P.-P. WATRIN, « Absentéisme et absence des travailleurs, le contrôle médical dans l'incapacité de travail : aspects médicaux », *Orientations*, 1994, p. 8.

⁵ Cass., 5 janv. 1980, *J.T.T.*, 1981, p. 228 ; C. trav. Gand, 5 déc. 1994, *J.T.T.*, 1994-1995, p. 314.

⁶ N. BEAUFILS, « La loi du 13 juin 1999 sur la médecine de contrôle et ses implications sur le contrôle dans l'incapacité de travail », *J.T.T.*, 2001, pp. 73-78.

⁷ J.-C. OSSELAER, « Déontologie et contrôle médical », *Orientations*, 2003, n° 2, p. 10.

⁸ *Id.*

⁹ Trib. trav. Gand, 16 juin 1986, *R.W.*, 1989-87, p. 754.

¹⁰ Trib. trav. Termonde, 5 janv. 1998, *T.Gez.*, 1998-1999, p. 38, note J. TER HEERDT.

¹¹ C. trav. Bruxelles, 24 févr. 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 291.

¹² C. trav. Gand, 13 nov. 1996, *Chron. D.S.*, 1998, p. 69.
B. CALLEWIER, « La maladie justifie-t-elle une rupture pour motif grave ? », *Licenciement et démission*, Actualité en bref, n° 85, pp. 6 et s.

¹³ Ainsi est abusif le licenciement d'une ouvrière qui dut quitter précipitamment l'entreprise en raison de son état de santé, l'absence étant justifiée par cet état (Trib. trav. Bruxelles, 20 sept. 1984, *Chron. D.S.*, 1989, p. 117 (sonm.)).

¹⁴ Trib. trav. Bruxelles, 19 sept. 1986, *J.T.T.B.* 1986, p. 385.

¹⁵ Trib. trav. Termonde, 5 déc. 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 182.

¹⁶ C. trav. Liège, 13 déc. 1978, *J.T.T.*, 1979, p. 143 ; Trib. trav. Anvers, 29 mars 1974, *R.D.S.*, 1976, p. 419 ; Trib. trav. Bruxelles, 3 déc. 1984, *J.T.T.*, 1985, p. 158.

donner lieu à un congé pour motif grave nonobstant le fait que l'employeur soupçonne ces certificats médicaux d'être de complaisance¹. Un tel congé serait même dans certains cas abusif². Il en irait autrement si ces certificats médicaux de complaisance étaient avérés³ dans l'hypothèse où l'incapacité est utilisée comme mesure de chantage⁴.

Même si ce n'est pas notre propos, il pourrait également en aller différemment en cas de non-respect de l'obligation d'avertissement ou de justification de l'incapacité⁵. Toutefois, le non respect d'une obligation d'avertissement ou de justification ne serait pas non plus constitutif d'un motif grave⁶ pour introduction en retard du certificat médical. Dans certains cas, ce licenciement sera même considéré comme abusif⁷. Ce n'est que dans de rares cas que la jurisprudence admettra que le non-respect de l'obligation d'avertissement constitue un motif grave⁸. Nous n'aborderons pas non plus, dans le cadre de la présente contribution, les fautes qui seraient commises par le travailleur, par exemple soustraction d'un examen médical ou l'exercice d'activité durant l'incapacité de travail⁹.

c) Le licenciement d'un travailleur en incapacité depuis plus de 6 mois

Le principe

Les articles 58 et 78 de la loi sur les contrats de travail permettent explicitement à l'employeur de recourir à la rupture du contrat moyennant paiement d'une indemnité¹⁰ lorsque l'incapacité de travail se prolonge

au-delà de six mois, le texte précisant que le congé de maternité ne peut entrer en ligne de compte dans le calcul de la période d'incapacité de travail¹¹. En ce qui concerne l'employé, il est prévu que l'employeur pourra déduire de l'indemnité la rémunération payée depuis le début de l'incapacité de travail.

Cette disposition vise à permettre à l'employeur de rompre le contrat de travail alors même que le contrat est suspendu suite à l'incapacité du travailleur. On sait en effet que, dans son principe, la loi du 3 juillet 1978 n'envisage la rupture moyennant paiement d'une indemnité compensatoire que comme une sanction et que la rupture moyennant préavis, si elle demeure possible en cas de suspension du contrat de travail, est néanmoins problématique puisque le préavis qui n'a pas encore été donné ne prendra cours qu'à l'expiration de la période de suspension et que celui qui a déjà été notifié est suspendu pendant toute la durée de l'incapacité (L. du 3 juill. 1978, art. 38, § 2, al. 2)¹².

L'incidence éventuelle de la loi du 25 février 2003

A notre sens, l'article 86 en faisant dépendre le licenciement d'un critère lié à l'état de santé doit être ré-examiné à la lumière des règles interdisant la discrimination qui prohibent normalement ce critère.

Selon nous, comme nous l'avons envisagé *supra*, la coexistence problématique de normes d'un rang égal ne peut simplement être solutionnée par l'application du principe d'interprétation « *lex specialis...* ». La seule solution, indépendamment de l'antériorité de la loi du 3 juillet 1978, serait d'envisager l'article 86 comme étant la consécration légale d'une justification objective et raisonnable ce qui nécessite de considérer que l'incapacité de travail (soit l'état de santé actuel du travailleur l'empêchant d'exercer le travail convenu) constitue « en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice » (...) une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

La réponse à cette question n'est pas évidente : certes la « capacité médicale » d'exercer un travail constitue pour l'employeur une exigence essentielle et déterminante, un travailleur n'étant pas engagé pour ne pas pouvoir prêter son travail, toutefois le droit social s'est construit en la matière sur un régime spécifique considérant les incapacités comme suspensives. S'il est possible de considérer qu'une incapacité de longue durée est susceptible de désorganiser l'entreprise et doit permettre à l'employeur de rompre le contrat, on

¹ Trib. trav. Bruxelles, 24 juin 1985, *Chron. D.S.*, 1989, p. 117 ; C. trav. Bruges, 2 juin 1995, *T.G.R.*, 1996, p. 117.

² Trib. trav. Bruxelles, 24 juin 1985, *Chron. D.S.*, 1989, p. 117.

³ C. trav. Mons, 28 juin 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 214 ; C. trav. Bruxelles, 5 nov. 1985, *R.D.S.*, 1986, p. 467.

⁴ C. trav. Bruxelles, 8 nov. 1991, *Chron. D.S.*, 1992, p. 151 ; Trib. trav. Liège, 4 sept. 1987, *Chron. D.S.*, 1990, p. 94.

⁵ Voyez à cet égard : F. TILLEMANS, « L'absentéisme, quelles sanctions ? », *Contrat de travail*, Actualités en bref, n° 225, du 1^{er} févr. 2001, pp. 12 et s. ; I. PLETS, « Obligations du travailleur en incapacité de travail et possibilités de licenciement pour motif grave », *Contrat de travail*, Actualités en bref, n° 228, du 15 mars 2001, pp. 10 et s. ; A. LINDEMANS, « Une incapacité de travail peut-elle mener à la résiliation du contrat ? (partie I) », *Contrat de travail*, Actualités en bref, n° 258 du 28 mars 2002, pp. 10 et s.

⁶ C. trav. Anvers, 22 oct. 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 210.

⁷ Trib. trav. Mons, 10 mai 1991, *J.T.T.*, 1992, p. 266 ; C. trav. Liège, 18 oct. 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 286.

⁸ C. trav. Liège, 19 févr. 1999, *Chron. D.S.*, 1999, p. 516.

⁹ Voyez encore à cet égard B. CALLEWIER, *o.c.*, pp. 13 et s.

¹⁰ Cette indemnité est égale, pour l'ouvrier comme pour l'employé, à la rémunération correspondant au délai de préavis qui aurait normalement dû être observé par l'employeur. Au cas où un délai de préavis aurait déjà couru en partie avant la survenance de l'incapacité de travail, l'indemnité serait égale à la rémunération correspondant à la partie du délai qui restait à courir. Elle a pour but de compenser la perte que le travailleur subit du fait qu'après la période d'incapacité, il ne peut pas reprendre le travail, W. VAN ECKHOUTTE, *Compendium droit social - droit du travail*, t. 2, 2003-2004, p. 1622 n° 5381.

¹¹ Voyez à cet égard B. NYSSSEN, « Licenciement moyennant indemnité un employeur après plus de six mois d'incapacité », *Orientations*, 1997, pp. 116 et 120.

¹² L. ROOSEN, « Congé au cours d'une période d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident », *Orientations*, 1990, p. 278.

pourrait néanmoins se demander si la durée de 6 mois de cette incapacité utilisée est un bon critère puisque l'employé après le premier mois n'est plus à charge de l'employeur...

Il est envisageable que certains plaideurs ne se satisfassent pas de cette lecture qui privilégie la cohérence des textes législatifs en estimant que cette législation postérieure entraîne des conséquences sans doute inattendues mais néanmoins certaines en matière de rupture...

En toute hypothèse, à supposer même que l'article 86 de la loi du 3 juillet 1978 soit considéré comme problématique, il resterait toujours à l'employeur la possibilité de mettre fin au contrat sans préavis moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire comme pour tout autre travailleur. Nous entrons alors dans un autre cas de figure, celui où la différence de traitement n'est plus créée par la loi elle-même mais par l'employeur dans le cadre, en l'espèce, d'un acte juridique unilatéral qu'est le congé. Plus question ici de normes de rang égal au sein de la hiérarchie des sources, le congé entre dans le champ d'application de la loi (qui vise notamment « les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération »). Le congé peut-il encore être fondé, à défaut d'habilitation légale (à la supposer valable) sur un critère prohibé ? Une réponse favorable, conforme à la jurisprudence traditionnelle à ce sujet, implique nécessairement de considérer que l'incapacité de travail (soit l'état de santé actuel du travailleur l'empêchant d'exercer le travail convenu) constitue « en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice (...) une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée », ce qui est loin d'être évident.

Les considérations évoquées *supra* sont donc tout autant d'application. Dans cette hypothèse, à notre sens, la seule possibilité, compte tenu du caractère inefficace dans la plupart des cas de la demande de réintégration prévue dans la loi du 25 février 2003, serait de considérer le congé comme abusif.

La rupture du contrat de travail pour incapacité de travail de plus de 6 mois peut-elle être abusive ?

La réponse est variable. En ce qui concerne les employés, la cour du travail de Liège, section de Namur dans un arrêt du 13 mars 2003¹ a rappelé que le licenciement pour incapacité de travail de plus de 6 mois n'était pas en soi abusif dès lors qu'il relève d'une faculté offerte à l'employeur par la loi et « qu'il ne doit pas être opéré de distinction selon que l'incapacité de travail est temporaire ou définitive ; que comme l'a fait observer le premier juge, une incapacité définitive donne lieu à la constatation de la rupture du contrat

pour cas de force majeure sans même que l'employeur soit débiteur d'une quelconque indemnité »² ;

L'avenir nous dira si d'audacieux plaideurs tentent de remettre en cause cette jurisprudence sur base de la loi du 25 février 2003...

A *contrario*, on notera que sur base de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, la cour du travail de Bruxelles considère que « est abusif le licenciement d'un ouvrier pour le seul motif que son incapacité de travail a dépassé la durée de six mois »³. Cette jurisprudence est conforme à celle que nous allons examiner *infra* en ce qui concerne le licenciement de l'ouvrier pour incapacité de moins de 6 mois en ce qu'elle exige donc qu'il faille justifier le licenciement à travers, par exemple, le prisme des nécessités économiques de l'entreprise. Néanmoins en l'espèce, et à la différence de l'incapacité de moins de 6 mois, l'employeur trouvait dans la loi et *expressis verbis* la possibilité de licencier immédiatement l'ouvrier. En quelque sorte la cour du travail, semble-t-il⁴, y est amenée à considérer que l'habilitation légale de licenciement que donne l'article 86 de la loi du 3 juillet 1978 ne dispense pas le juge de vérifier si le licenciement n'est pas abusif au sens de l'article 63.

Le licenciement d'un travailleur en incapacité de travail depuis moins de 6 mois

La doctrine s'accorde pour considérer que cette possibilité qui est établie par la loi de rompre régulièrement le contrat de travail moyennant une indemnité après six mois d'incapacité de travail n'empêche pas l'employeur de mettre fin immédiatement et unilatéralement au contrat de travail d'un travailleur qui est en incapacité depuis moins de six mois⁵. Certes, dans cette hypothèse, le congé n'est pas prévu par la législation mais il n'est pas non plus interdit, l'employeur étant, dans ce cas, tenu de payer une indemnité de préavis au travailleur avec, pour seule sanction indirecte pour les employés, le fait que l'employeur ne puisse pas porter en déduction de l'indemnité de pré-

² La Cour relève de manière surabondante qu'il échet même de relever que la jurisprudence ne considère pas comme nécessairement abusif le fait de licencier un travailleur qui est en incapacité de travail depuis moins de six mois (Cass., 19 octobre 1981, Bull., 256 ; Cour trav. Liège, 19 décembre 1984, J.T.T., 1985, 225 ; Cour trav. Bruxelles, 21 avril 1986, J.T.T. 1987, 65 ; Cour trav. Liège, 3 avril 2000, Chr.D.S., 2001, 558) ; que dans cette hypothèse, il faut en outre que le licenciement intervienne comme sanction de l'état d'incapacité de travail (cf. Cour trav. Mons, 8 mars 1991, J.T.T., 1991, 300 ; Cour trav. Liège, 4ème ch., 12 novembre 2001, inéd., R.G. n°28.573/99 ; Cour trav. Liège, 4ème ch., 9 novembre 1996, inéd., R.G. n°26.163/97) ; qu'il n'est pas établi que ce soit le cas en l'espèce, la longueur de l'incapacité qui ici dépasse les six mois étant seule en cause.

³ C.trav. Bruxelles, 16 oct. 1995, inéd., R.G. n° 29562, www.cass.be

⁴ Le sommaire de l'arrêt est extrêmement bref de sorte qu'il convient d'être prudent à cet égard.

⁵ W. VAN EECKHOUTTE, o.c., p. 1623, n° 5385.

¹ C. trav. Liège, 13 mars 2003, inéd., R.G. n° 6877/01, www.cass.be

avis la rémunération payée depuis le début de l'incapacité¹. Il est en effet en général considéré qu'une rupture intervenant dans ces conditions n'est pas abusive² à tout le moins en ce qui concerne les employés.

On peut s'interroger sur le bien fondé de cette solution puisque si le législateur a entendu prévoir un régime spécifique pour les incapacités de plus de six mois, il pourrait être soutenu que c'est parce qu'il considérait *a contrario* que l'employeur n'était pas autorisé à rompre le contrat. Cette opinion serait à mettre en perspective avec l'idée que pour les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1978, et les termes de l'article 39 le démontrent à suffisance, l'indemnité compensatoire est considérée comme la sanction d'un défaut de préavis ou d'un préavis insuffisant. Loin d'être un mode normal de rupture, la rupture moyennant paiement d'une indemnité fut dès lors considérée comme une sanction sauf dans certains cas que la loi prévoit comme par exemple celui visé par l'article 86.

En toute hypothèse, dans les faits, l'employeur reste de toute façon toujours libre de donner le congé qui est irrévocable et la rupture est acquise³, mais le caractère irrégulier de celui-ci pourrait se traduire non seulement par l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis mais également d'une indemnité pour licenciement abusif. La jurisprudence et la doctrine n'ont jamais développé cette idée et il est aujourd'hui devenu banal de relever qu'en fait la rupture moyennant le paiement d'une indemnité est devenue un mode habituel de rupture⁴ qui ne peut, à lui seul, conférer au licenciement un caractère abusif⁵.

En ce qui concerne les ouvriers, la question est un peu plus délicate compte tenu de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui va trouver à s'appliquer dans cette hypothèse. On considère d'ordinaire que la rupture avant 6 mois d'incapacité est irrégulière⁶ mais pas né-

cessairement pour ce seul motif, *ipso facto*, abusive⁷, à tout le moins si elle s'inscrit dans une des trois justifications de l'article 63⁸.

Il est en effet possible d'envisager que le licenciement pour incapacité de travail puisse être justifié par les nécessités économiques de l'entreprise¹⁰. Ainsi, la jurisprudence rappelle que les absences répétées qui désorganisent l'entreprise peuvent justifier un licenciement

même justifiée, peut constituer un élément perturbateur et tinter comme un signal d'alarme pour un employeur qui vient d'engager un nouvel ouvrier qui se trouve toujours en période d'essai. L'appelant a pu considérer, peut-être à tort, que l'engagement de l'intimé constituait un risque pour son entreprise. La période d'essai est notamment destinée à permettre à l'employeur de jauger les capacités du travailleur et à lui donner la possibilité, en cas de doute, de rompre le contrat sans avoir à donner d'autres justifications que son impression défavorable. La situation aurait été tout autre en l'absence de clause d'essai mais telle n'était pas la situation rencontrée en l'espèce.

⁷ Cass., 19 oct. 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 22; C. trav. Liège, 19 déc. 1984, *R.D.S.*, 1985, p. 466; Trib. trav. Gand, 21 mars 1986, *T.G.M.*, 1986, p. 86.

⁸ Cass., 19 oct. 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 22; C. trav. Liège, 19 déc. 1984, *R.D.S.*, 1985, p. 466; C. trav. Liège, 3 avr. 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 558.

⁹ A notre sens le critère le plus délicat reste celui de l'attitude qui est interprété fort largement par la Cour de cassation. A partir du moment où la Cour de Cassation en effet considère que des faits ou des circonstances qui n'impliquent pas de faute de la part du travailleur peuvent également rendre le licenciement admissible et non abusif (Cass., 6 juin 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 96; Cass. 22 janv. 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 236; Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 407, note C. WANTIEZ) est-il possible de soutenir que le motif médical en tant que tel n'est pas admissible pour justifier le licenciement pour une question d'attitude? Nous le pensons car en fait la maladie et/ou l'incapacité n'est pas une attitude: circonstancielle, elle est par nature non seulement dénuée de faute (le plus souvent à tout le moins) mais encore de tout lien avec l'attitude. L'incapacité est un état non une attitude et qui plus est, un état érigé en cause de suspension du contrat de travail par le législateur. Une partie de la jurisprudence rattache néanmoins l'incapacité à l'attitude. Ainsi, la Cour du Travail de Bruxelles, dans un arrêt du 21 avril 1986 (*J.T.T.*, 1987, p. 65, *R.D.S.*, 1987, p. 97) considère que:

Un licenciement n'est pas abusif si, à un certain moment, s'installe un contexte professionnel trouvant son origine dans la personne du travailleur (absences pour incapacités de travail) et alors même que ce dernier n'a rien à se reprocher mais subit simplement les événements involontaires mais néanmoins perturbateurs au regard de la gestion de l'entreprise.

La discussion est toutefois sans doute un peu stérile compte tenu de la possibilité, nous allons le voir, de justifier le congé sur base des deux autres critères.

¹⁰ Ainsi, la Cour du travail de Mons, dans un arrêt du 19 décembre 1975 (R.G. n° 2277, *www.cass.be*), relève que:

la décision de l'employeur de licencier avec préavis un travailleur après une période de maladie inférieure à 6 mois peut être motivée, non par ce seul fait mais par des nécessités économiques de l'entreprise, si l'état de santé malade d'un travailleur ne permet pas d'assurer un rendement normal, en dehors des périodes d'absences répétées et prolongées anormalement, même si elles furent médicalement justifiées. _ Pareil licenciement n'est pas antisocial et ne donne pas lieu à indemnité fondée sur l'article 24 ter du contrat de travail.

¹ C. trav. Bruxelles, 25 janv. 1978, *J.T.T.*, 1978, p. 163; C. trav. Liège, 18 oct. 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 286.

² C. trav. Liège, 18 oct. 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 268.

³ Cass., 21 juin 1962, *R.D.S.*, 1963, p. 263; C. trav. Gand, 28 déc. 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 217.

⁴ Ainsi, la Cour du travail de Bruxelles (13 avr. 1990, inéd., R.G. n° 23.761) considérant que la rupture moyennant indemnité est devenue une modalité du congé au choix de l'employeur et n'est plus vécue nécessairement comme une sanction, ajoute « il ne peut être soutenu que ce choix soit nécessairement susceptible d'interprétations négatives par les tiers. Le travailleur peut en revanche y trouver un avantage devenant immédiatement libre de son temps et disposant en même temps, comme en l'espèce, d'un capital parfois important... ».

⁵ C. trav. Bruxelles, 12 juill. 1979, *Bull. FEB*, 1980, p. 457; Trib. trav. Charleroi, 23 févr. 1976, *J.T.T.*, 1977, p. 166.

⁶ La situation est différente en période d'essai. A cet égard, on relèvera l'intéressante motivation d'un arrêt de la Cour du travail de Liège déniait le caractère abusif à un licenciement d'un ouvrier en cours d'essai suite à l'incapacité de celui-ci (C. trav. Liège, 26 nov. 2003, R.G. n° 31203/2003, *www.cass.be*):

Il peut difficilement être nié que dans une petite entreprise occupant très peu de personnel, l'absence d'un travailleur,

ment¹. De la sorte, la doctrine relève que « le licenciement fondé sur les absences pour raisons médicales, même justifiées, peut être analysé au travers du prisme des nécessités économiques de l'entreprise »². La jurisprudence exige néanmoins que ces absences « revêtent une importance telle qu'elle perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise ou qu'elle révèle l'incapacité fondamentale du travailleur au travail convenu »³. Ainsi la cour du travail de Mons a considéré comme abusif le licenciement d'un travailleur lorsque l'employeur n'avait pas « fait état de ce que licenciement aurait été suscité par une nécessité de l'entreprise ou par l'aptitude du demandeur »⁴. Une partie de la jurisprudence va même plus loin en considérant que le licenciement est abusif lorsque l'employeur reste en défaut de démontrer que ces absences excèdent le taux moyen d'absences et qu'elles compromettent le bon fonctionnement du service au sein duquel cet ouvrier est occupé⁵. L'exigence d'une absence d'une certaine durée⁶ ou encore d'un dommage particulier subi est parfois présente⁷ même si cette dernière nous paraît excessive.

Sous l'angle de l'aptitude au travail du travailleur, le congé du fait de l'incapacité de travail peut également être dans certains cas justifié parce que le travailleur ne peut plus effectuer les tâches convenues ou est moins rentable. Ainsi n'est pas abusif :

- un licenciement qui survient après une longue période d'incapacité de travail sur base du fait que le travailleur avait une incapacité permanente d'effectuer des travaux lourds alors qu'il s'agissait des tâches convenues⁸ ;
- le licenciement de l'ouvrier, dont l'aptitude à effectuer le travail convenu n'est plus entière pour des raisons médicales, même lorsque cette circonstance n'a pas encore entraîné de difficulté de fonctionnement pour l'employeur au moment où il décide de licencier et lorsque les absences du travailleur ne sont pas fautives⁹ ;
- le licenciement des travailleurs les moins rentables en raison de nombreuses et longues maladies¹⁰

compte tenu de nombreuses absences dues à des incapacités de travail¹¹.

Néanmoins, l'employeur qui motiverait le licenciement sur l'aptitude prétendant, par exemple, que l'ouvrier est incapable de reprendre le travail devrait être prudent car si la preuve de ce fait n'est pas rapportée, le licenciement deviendrait abusif¹².

Les considérations développées précédemment en ce qui concerne l'incidence de la loi du 25 février 2003 sont *a fortiori* transposables puisque avant 6 mois d'incapacité, à défaut d'habilitation légale, le congé de l'employeur ne peut s'appuyer que sur le pouvoir de rupture accordé à chacune des parties au contrat de travail qui peut être passé au crible des règles relatives à l'abus de droit relue à l'aune de la non-discrimination.

d) Incapacité de travail définitive et force majeure

L'incapacité permanente empêchant définitivement le travailleur de reprendre le travail convenu et la force majeure : la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation

La force majeure trouve droit de cité dans la relation de travail grâce, d'une part, expressément à l'article 26 alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 qui dispose que « les événements de force majeure n'entraînent pas la rupture du contrat lorsqu'ils ne font que suspendre momentanément l'exécution du contrat » et, d'autre part, à l'article 32, 5^o de la loi du 3 juillet 1978 qui prévoit que la force majeure est une cause de rupture du contrat. Cette dernière disposition a permis à la Cour de cassation, en rupture avec sa jurisprudence antérieure¹³, d'inaugurer, par un arrêt du 5 janvier 1981, une jurisprudence controversée en ce qu'elle estime que l'incapacité permanente empêchant définitivement le travailleur de reprendre le travail convenu constitue un événement de force majeure entraînant la dissolution du contrat de ce seul fait.

On sait pourtant que l'article 31, § 1^{er}, de la loi, sans distinguer selon le caractère définitif ou temporaire de l'incapacité, que sur les contrats de travail dispose que l'impossibilité pour le travailleur de fournir son travail par suite de maladie ou d'accident suspend l'exécution du contrat de travail. Comme le relève à juste titre P. DENIS, il était « possible de déduire de cette disposition légale que l'incapacité de travail n'entraîne pas par elle-même la rupture du contrat ». Nous ne revien-

¹ C. trav. Liège, 9 juin 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 351 ; Trib. trav. Bruxelles, 20 déc. 1993, *J.T.T.*, 1995, p. 146.

² C.-E. CLESSE, « Licenciement abusif : chronique de jurisprudence (1990-2003) », *Contrats de travail*, Actualités en bref, n° 312, 19 avril au 2 mai 2004, p. 74.

³ Trib. trav. Bruxelles, 20 déc. 1993, *Chron. D.S.*, 1996, p. 23 ; C. trav. Bruxelles, 21 mars 1994, *Chron. D.S.*, 1998, p. 18.

⁴ C. trav. Mons, 10 mai 1991, *J.T.T.*, 1992, p. 267.

⁵ Trib. trav. Bruxelles, 20 déc. 1993, *Chron. D.S.*, 1996, p. 23.

⁶ C. trav. Bruxelles, 20 sept. 1999, *Bull. F.E.B.*, 2000, p. 85 (somm.).

⁷ Trib. trav. Bruxelles, 14 févr. 1991, *R.D.S.*, 1991, p. 240.

⁸ C. trav. Mons, 26 juin 1991, *Bull. F.E.B.*, 1992, p. 114.

⁹ C. trav. Bruxelles, 20 oct. 2003, R.G n° 43331, www.cass.be

¹⁰ C. trav. Gand, 10 déc. 1976, *R.W.*, 1979-1977, 2225.

¹¹ C. trav. Anvers, 2 nov. 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, p. 156.

C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 339 ; Trib. trav. Gand, 17 mars 1980, *R.D.S.*, 1980, p. 205 ; Trib. trav. Nivelles, 13 janv. 1984, *J.T.T.*, 1984, p. 413.

¹² Trib. trav. Charleroi, 5 déc. 1988, *Chron. D.S.*, 1989, p. 148.

¹³ Cass., 13 janv. 1956, *Pas.*, I, 1956, p. 460, arrêt dans lequel la Cour estimait que l'employeur qui souhaitait rompre le contrat devait utiliser les modes de ruptures unilatérales prévus par le droit social.

drons néanmoins pas sur les critiques formulées à l'encontre de cette jurisprudence¹.

La Cour poursuit dans cette optique strictement civiliste en précisant dans un arrêt du 15 février 1982 qu'il y a lieu d'apprécier l'impossibilité par rapport au seul travail convenu contractuellement sans avoir égard à la possibilité pour l'employeur de fournir un autre travail². L'employeur ne doit donc pas établir qu'il se trouve dans l'impossibilité de fournir au travailleur d'autres fonctions convenant mieux à son état ; il suffit que le travailleur ne soit définitivement plus à même d'exécuter le travail convenu, notion que la Cour interprète de façon stricte : « par les termes "son travail", il y a lieu d'entendre la tâche et le temps de travail convenus. La maladie du travailleur dont la conséquence est qu'il ne peut définitivement effectuer son activité que pendant un temps de travail réduit a pour effet qu'il ne peut plus - de manière définitive - exécuter le travail convenu ».

Les conséquences de cette jurisprudence sont problématiques notamment lorsque l'incapacité de travail trouve sa cause dans le risque professionnel créé par l'activité de l'employeur³. La seule nuance à ce principe est celle issue elle-même des principes civilistes (C. civ. art. 1147 et 1148) : la force majeure ne peut trouver en aucun cas sa source dans la faute du débiteur qui se prétend libéré en l'espèce l'employeur⁴. Il n'est plus nécessaire par ailleurs de rappeler que cette jurisprudence donne également un rôle quelque peu néfaste aux constatations du médecin du travail⁵.

¹ Voyez not. P. PALSTERMAN, « Incapacité de travail et force majeure (dans l'intérêt de rester en bonne santé jusqu'à l'âge de la retraite) », *Chron. D.S.*, 81, p. 119. Pour une synthèse de la question, voyez M. DAVAGLE, « L'incapacité de travail et la rupture du contrat pour force majeure », *Orientations*, 1997, p. 73.

² Cass., 15 févr. 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 743.

³ Comme le fait remarquer P. BLONDIAU (*Droit approfondi du travail*, syllabus de la Faculté de Droit de l'U.C.L., 2004) : *le fait que ce travailleur percevra soit dans le régime de la sécurité sociale, soit dans celui des maladies professionnelles une indemnisation pour son incapacité, n'empêchera pas que ce travailleur aura perdu son emploi, sans qu'aucune indemnité compensatoire de préavis ne lui soit payée.*

⁴ Dans un arrêt intéressant du 11 mars 2000 de la Cour du travail de Liège (voyez reflets B. PATERNOSTRE, *Orientations*, 1999, pp. 3 et 4), dans une espèce concernant un ouvrier (par ailleurs membre du C.P.P.T) victime d'un accident de travail ayant entraîné une incapacité de travail définitive de 75% et auquel l'employeur opposait la rupture du contrat pour force majeure, la Cour du travail de Liège suite à un rapport d'expertise qui stigmatisait des problèmes de sécurité imputable à l'employeur (« notamment le manque flagrant d'instructions de la part de l'employeur et dénonce l'absence de recours à des plaques isolantes et l'application non systématique (absences d'initiatives du supérieur direct) de consignes strictes tendant à limiter l'accès dans la cellule de protection générale »), considère que l'employeur est impliqué dans l'accident et rejette dès lors la force majeure invoquée par celui-ci.

⁵ A cet égard, la Cour du travail de Liège (sect. Namur) a rappelé les principes applicables dans un arrêt du 14 décembre 2000 (R.G. n° 6477/99, *www.cass.be*). La Cour y relève notamment :

Les informations médicales dans le cadre de la constatation de la rupture pour force majeure

En application des règles relatives à la charge de la preuve il appartient à l'employeur qui se prévaut de la force majeure pour s'estimer libéré de ces obligations à l'égard du travailleur d'apporter la preuve de ce qu'il avance⁶. L'employeur doit donc dans ce cas rapporter une « information médicale » au sens large à savoir un état de santé entraînant une incapacité définitive d'exercer le travail convenu, fait juridique dont la preuve ne doit pas nécessairement être apportée avant la date de la cessation des activités de l'employeur⁷.

Si cette preuve peut être théoriquement rapportée par toute voie de droit⁸, il faut néanmoins apprécier,

Qu'il faut opérer une distinction selon que le médecin du travail donne à l'employeur une recommandation (avis) visant à écarter un travailleur de son poste de travail ou qu'il prend une décision constatant l'incapacité au travail à laquelle l'employeur doit se plier ;

*Qu'en effet, là où le médecin du travail dispose d'un pouvoir de décision, il provoque par là même la dissolution du contrat (cf. M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, Fac. dr. Liège, t 2, 1988, p. 390; C. trav. Liège, sect. Namur, 23 mars 1993, *Rev. Rég. Dr.* 1993, 297) ;*

*Attendu qu'en l'espèce, le médecin du travail a recommandé l'écartement de l'intimé de tout travail en hauteur ; (...) que la procédure de recours prévue par l'article 146 quater du règlement général sur la protection du travail ne s'applique qu'aux travailleurs soumis à un examen médical obligatoire (cf. Cass., 26 septembre 1988, *J.T.T.*, 1988, 476), ce qui n'était pas le cas de l'intimé ;*

*Attendu que face à cet avis qui ne constitue pas une preuve de l'incapacité définitive (C. trav. Anvers, 2 sept. 1997, *Chr.D.S.* 1999, 9), un employeur normalement diligent et prudent dispose soit de la voie de la résolution judiciaire (cf. C. trav. Bruxelles, 16 mars 1988, *Chr.D.S.* 1989, 158, obs. H. Funck), soit de la possibilité de faire constater contradictoirement la réalité de l'incapacité définitive (par exemple, par l'accord de son employé et du médecin traitant de celui-ci) ; qu'il peut aussi sans plus attendre constater la rupture du contrat mais à ses risques et périls et à charge pour lui d'apporter la preuve requise (en ce sens, C. trav. Liège, 12 janvier 1995, *Chr.D.S.* 1995, 232) ;*

Que lorsqu'il prend l'initiative de rompre le contrat pour cause de force majeure au lieu de se contenter de refuser la reprise du travail sur l'avis conforme du médecin délégué, l'employeur est alors tenu d'apporter la preuve de l'incapacité définitive de son employé ; qu'une incapacité de longue durée ne suffit pas, il faut qu'elle soit définitive, c'est-à-dire sans espoir de guérison même à longue échéance ;

⁶ C. trav. Gand, 14 juin 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 405.

⁷ Cass., 23 mars 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 377.

⁸ *A contrario*, pour la Cour du travail de Mons le caractère irréversible de l'incapacité de travail devait résulter des constatations du médecin du travail, d'une expertise amiable ou judiciaire « mais en tous cas toujours contradictoire et préalable au licenciement » (C. trav. Mons, 5 oct. 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 181).

⁹ Cass., 13 mars 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 631 ; Trib. trav. Gand, 18 févr. 1994, *Chron. D.S.*, 1995, p. 236. On relèvera même que certaines juridictions ont déjà considéré que cette preuve pouvait découler d'autres éléments qu'une information médicale et, par exemple, du comportement du travailleur (Trib. trav. Namur, 8 janv. 1980, *R.R.D.*, 1980, p. 164).

compte tenu du caractère sensible des informations médicales, la licéité de la façon dont cette preuve est apportée. Ainsi, d'emblée on relèvera que les informations médicales, par nature confidentielles, ne peuvent être acquises de n'importe quelle façon par l'employeur. En matière de rupture du contrat de travail, les informations médicales ne peuvent provenir que de documents communiqués par le travailleur lui-même (certificats médicaux de son médecin traitant justifiant son incapacité ou tout autre document médical tel l'avis du médecin-conseil de la mutuelle que le travailleur remettrait spontanément à l'employeur¹) ou issus de la médecine du travail dans le respect des règles régissant la mission de celle-ci.

On relèvera ainsi, en ce qui concerne la médecine de contrôle que « le médecin contrôleur désigné par l'employeur outrepassa sa mission et viole le secret professionnel auquel il est tenu, lorsqu'il atteste que le travailleur est définitivement incapable d'effectuer le travail qui lui est imposé ». En conséquence, « l'employeur n'établit pas, sur la base de cette attestation, la force majeure définitive, qui entraînerait la fin du contrat de travail »². Nous renvoyons sur ce point à ce que nous en avons dit *supra*.

En toute hypothèse, l'employeur ne peut donc faire usage d'informations médicales qu'il aurait acquises par d'autres moyens non prévus légalement, ces informations étant confidentielles. Ainsi, « commet un abus du droit de rompre le contrat en invoquant l'incapacité de travail d'un travailleur, l'employeur, une mutualité, qui utilise les informations confidentielles qu'elle détient comme organisme assureur, pour rétrograder ce travailleur, chef de service, ayant une ancienneté de 35 ans, en le mettant aux archives, ce malgré un avis d'aptitude au travail émis par le médecin du travail, et en licenciant ensuite ce travailleur, sans préavis ni indemnité, pour force majeure, alors que, comme professionnelle de l'incapacité de travail, elle devait savoir que ce licenciement était irrégulier. Les dommages et intérêts pour le préjudice subi par le travailleur dans ces circonstances peuvent être fixés à un million de

¹ L'employeur doit néanmoins être extrêmement prudent sur les informations dont il dispose. Ainsi la Cour du Travail de Mons (C. trav. Mons, 5 oct. 1990, R.G. n° 15791, www.cass.be) que l'employeur ne pourrait se fonder sur « une simple attestation de mutuelle spécifiant le maintien d'une incapacité de travail pour une période allant jusqu'à l'âge légal de la retraite » compte tenu du fait que « une telle attestation ne suppose pas nécessairement l'irréversibilité de l'incapacité physique et n'exclut d'ailleurs pas l'exercice de contrôles médicaux ultérieurs ni la révision de la décision administrative qui interviendrait au regard d'une évolution favorable sur le plan médical ». La Cour en conclut que :

Seule la reconnaissance de son inaptitude définitive par le travailleur lui-même, produisant un certificat rédigé en ce sens par son médecin traitant, ou la constatation de cette incapacité par le médecin du travail, voire même par le biais d'une expertise médicale amiable ou judiciaire, mais en tous cas toujours contradictoire et préalable au licenciement seraient de nature à établir la force majeure mettant fin aux relations contractuelles.

² Trib. trav. Bruxelles, 10 déc. 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 151.

francs, outre l'indemnité forfaitaire de 35 mois de rémunération »³.

L'incidence de l'arrêté royal du 28 mai 2003 sur cette jurisprudence

La jurisprudence de la Cour de Cassation, si elle ne se voit pas désavouée doit néanmoins selon nous désormais être relativisée par l'arrêté royal du 28 mai 2003 sur la surveillance médicale des travailleurs. L'incapacité définitive d'exercer le travail convenu y est abordé d'une part quant ce constat provient d'un certificat du médecin-traitant du travailleur et, d'autre part, quand il provient d'une décision du médecin du travail.

Certificat du médecin traitant

L'article 39 de cet arrêté royal dispose ainsi que « lorsque le médecin traitant désigné par un travailleur, déclare celui-ci en incapacité définitive de poursuivre le travail convenu, pour cause de maladie ou d'accident, ce travailleur a le droit de bénéficier d'une procédure de reclassement, qu'il soit ou non soumis à la surveillance de santé obligatoire » et poursuit, quant à la mise en œuvre de ce droit en indiquant que « à cet effet, le travailleur adresse sa demande de reclassement à l'employeur, sous pli recommandé, en y joignant l'attestation du médecin traitant ». Le ministère de l'emploi et du travail précise qu'il ne s'agit que d'un droit du travailleur et non d'une nouvelle obligation à sa charge.

L'article 41 poursuit en ces termes :

Le conseiller en prévention-médecin du travail mentionne à la rubrique C du formulaire d'évaluation de santé visé à l'article 48 :

- soit que le travailleur a les aptitudes suffisantes pour poursuivre le travail convenu ;
- soit que le travailleur peut exécuter le travail convenu, moyennant certains aménagements qu'il détermine ;
- soit que le travailleur a les aptitudes suffisantes pour exercer une autre fonction, le cas échéant moyennant l'application des aménagements nécessaires et dans les conditions qu'il fixe ;
- soit que le travailleur est inapte définitivement.

Si l'employeur juge qu'il n'est pas objectivement ni techniquement possible de procurer un travail aménagé ou un autre travail, ni que cela peut être exigé, pour des motifs dûment justifiés, il en avise le conseiller en prévention-médecin du travail.

Décision du médecin du travail

Indépendamment des articles 64 et suivants qui mettent en place une procédure de recours du travailleur « contre la décision du conseiller en prévention-médecin du travail ayant pour effet de restreindre son aptitude au travail exercé, ou de déclarer son inaptitude au travail exercé », les conséquences de la décision définitive du conseiller en prévention-médecin du

³ Trib. trav. Bruxelles, 26 avr. 2000, *Chron.D.S.*, 2001, p. 486.

travail sont envisagées aux articles 71 et suivants. L'article 72 dispose ainsi que : « Sous réserve de l'application de l'article 71, l'employeur est tenu de continuer à occuper le travailleur qui a été déclaré définitivement inapte par une décision définitive du conseiller en prévention-médecin du travail conformément aux recommandations de ce dernier, en l'affectant à un autre travail sauf si cela n'est pas techniquement ou objectivement possible ou si cela ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés ».

Il convient de s'interroger d'emblée sur le champ d'application de cette disposition : certes elle vise seulement l'hypothèse où l'incapacité définitive résulte d'une décision du médecin du travail. Néanmoins il nous paraît que la solution retenue doit également être d'application lorsque l'employeur se prévaut d'une telle incapacité qui serait attestée par une constatation médicale provenant d'une autre source (médecin-conseil d'une mutuelle, médecin-traitant du travailleur, ...) et ce, même si le travailleur n'a pas fait valoir son droit à une procédure de reclassement tel qu'il est prévu à l'article 39 précité. En effet, l'article 41 *in fine* prévoit qu'en cas de recours, « si l'employeur juge qu'il n'est pas objectivement ni techniquement possible de procurer un travail aménagé ou un autre travail, ni que cela peut être exigé, pour des motifs dûment justifiés, il en avise le conseiller en prévention-médecin du travail », ce qui laisse entendre que dans ces conditions une décision du médecin du travail doit encore intervenir sur cette base. Selon nous dès lors, l'employeur prend des risques à invoquer désormais la force majeure sans une constatation préalable du médecin du travail¹.

Sur le fond, en prévoyant que « l'employeur est tenu de continuer à occuper le travailleur qui a été déclaré définitivement inapte par une décision définitive du conseiller en prévention-médecin du travail », l'article semble interdire en fait, sous réserve des cas visés à l'article 71 (postes de sécurité ou de vigilance) à l'employeur d'invoquer la force majeure en lui imposant une obligation de reclassement dans un autre travail. Cette obligation juridique² n'est néanmoins pas absolue puisque l'employeur peut y échapper « si cela n'est pas techniquement ou objectivement possible ou si cela ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés ».

¹ De même, selon nous, cette obligation pèse sur l'employeur même si le travailleur n'a pas mis en place la procédure de recours contre la décision du médecin du travail. En effet, cette procédure est mise en place pour le travailleur qui conteste, sur base de critères médicaux, la décision du médecin du travail. L'article 72 vise quant à lui une décision devenue définitive du médecin du travail en l'assortissant d'une obligation de reclassement.

² Qui dépasse donc le devoir moral contrairement aux anciennes obligations du R.G.P.T. selon une certaine doctrine. Voyez les commentaires et références citées de P. PALSTERMAN, « La réinsertion professionnelle », 1903-2003 *Accidents de travail : Cent ans d'indemnisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 26.

Il ne fait aucun doute, à notre sens, que la charge de la preuve de cette impossibilité de reclassement incombe à l'employeur. L'étendue des justifications objectives qu'il doit apporter n'est néanmoins pas très claire. Si l'on comprend bien l'impossibilité technique ou objective (notamment par exemple en cas d'inaptitude du travailleur à exercer un autre poste ou dans l'hypothèse où l'entreprise dispose de peu de postes de travail et on songe notamment aux petites et moyennes entreprises), les autres motifs « dûment justifiés » qui amèneraient le juge à considérer que l'on ne peut raisonnablement pas exiger de l'employeur un reclassement sont plus difficiles à établir. Faut-il en déduire que, dans le premier cas, l'usage du terme « objectif » fait référence à une impossibilité matérielle alors que dans le second la référence au terme raisonnable ouvrirait une porte à une appréciation plus « subjective » liée à l'intérêt de l'entreprise ? Cela ne nous apparaît pas souhaitable.

P. PALSTERMAN a raison de rapprocher ce type d'obligation de l'interdiction de discrimination visée par la loi du 25 février 2003 en ce que le critère de santé n'est plus validé à lui seul pour justifier une mesure de l'employeur. Il nous semble que la conjonction de ces normes oblige à considérer que la rupture pour force majeure ne peut plus être invoquée que si l'incapacité de travail rend impossible toute collaboration entre les parties à quelque poste que ce soit compte tenu des aptitudes du travailleur et des possibilités matérielles de l'entreprise.

La loi du 25 février 2003 pourrait également être invoquée en son article 2, § 3, qui dispose que l'absence d'aménagement raisonnable pour la personne handicapée³ constitue une discrimination, l'aménagement devant s'entendre notamment d'une « réorganisation de la répartition des tâches »⁴ sauf si cela constitue une « charge disproportionnée » ce qui met de nouveau en œuvre une appréciation de proportionnalité. La conjonction de cet article avec le rôle du médecin du travail pour rechercher un emploi adapté pour les travailleurs dont l'aptitude est limitée nous paraît être de nature à renforcer l'idée que la preuve que l'employeur doit apporter pour être libéré de son obligation de reclassement doit être appréciée avec rigueur.

La sanction du non respect de cette obligation n'est certainement pas une obligation de réintégration. L'employeur qui, au mépris de l'obligation légale, ne propose pas un travail adapté et constate la rupture rompt le contrat de manière irrévocable. Il ne s'agit pas non plus d'une « interdiction de licencier » telle que le droit social en connaît et qui vise en fait à oc-

³ Comme le relève I. AENDENBOOM, « Le législateur a estimé qu'il ne fallait pas réduire la notion de handicap à la seule reconnaissance telle que réglée par la législation en matière de sécurité sociale mais qu'au contraire, cette notion doit être entendue très largement » (*o.c.*, p. 25).

⁴ O. DE SCHUTTER, « La loi belge tendant à lutter contre la discrimination », *J.T.*, 2003, p. 851.

troyer une indemnité au travailleur lorsque l'employeur rompt le contrat sans prouver certains motifs légitimes. Mais, au-delà de ces constatations, l'indemnité compensatoire de préavis est-elle due par l'employeur ? A notre sens la réponse à cette question doit être affirmative. Néanmoins il se pourrait que la Cour de cassation en décide autrement.

En effet, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 2 octobre 2000¹ a eu l'occasion de se prononcer sur l'application des articles 146bis, § 2, et 146ter, § 3, et 4 du Règlement général pour la protection du travail² en vue de l'affectation du travailleur à d'autres fonctions plus adaptées et considère que l'obligation de l'employeur de réinsérer ne lui interdit pas de constater la rupture du contrat d'origine. Ce faisant, la Cour considère que fournir un travail adapté entraîne la conclusion d'un nouveau contrat de travail. Certes, la base légale était distincte et avant l'arrêté royal de 2003 l'obligation de reclassement de l'employeur apparaissait plus évanescence puisque la Cour de Cassation avait considéré à de nombreuses reprises que l'employeur n'est pas tenu, avant de constater la rupture du contrat par application de la théorie de la force majeure, de proposer au travailleur un autre travail³. Néanmoins, dans cette optique, la Cour de cas-

sation confirme sa jurisprudence antérieure : nonobstant une obligation de reclassement, l'incapacité permanente de travail rendant le travailleur définitivement inapte à reprendre la tâche convenue, y compris à respecter la durée du travail convenue, constitue un cas de force majeure mettant fin au contrat de travail. L'obligation de reclassement est dès lors externalisée du premier contrat et la sanction de l'absence de proposition d'un emploi adapté ne pourrait être, dans ce cadre, une indemnité compensatoire de préavis, le refus injustifié de reclassement ne pouvant déboucher que sur des dommages et intérêts⁴.

A notre sens, l'arrêté royal de 2003 ne permettrait pas à la Cour de Cassation de conserver cette jurisprudence dans son application puisqu'il fait état du fait que « l'employeur est tenu de continuer à occuper le travailleur qui a été déclaré définitivement inapte par une décision définitive du conseiller en prévention-médecin du travail », ce qui signifie qu'il ne peut rompre le contrat en invoquant la force majeure, celle-ci fut-elle existante au sens qu'en donne la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans notre optique, l'arrêté royal aboutit à définir la force majeure d'une façon différente et à désavouer la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'interprétation stricte du « travail convenu ». La seule force majeure qui serait invocable serait constituée par l'incapacité définitive du travailleur d'exercer tout travail pour l'employeur, et donc pas seulement le travail convenu, « sauf si cela n'est pas techniquement ou objectivement possible ou si cela ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés ». La différence est de taille puisque s'il rompt néanmoins, la rupture en est irrégulière et l'indemnité compensatoire est due sous réserves d'éventuels dommages et intérêts par exemple pour licenciement abusif⁵.

Il faut encore s'interroger sur l'obligation du travailleur d'accepter un travail adapté. Il est incontestable qu'il va

¹ Cass., 2 oct. 2000, R.W., 2000-2001, p. 1457, note W.R. Voyez sur cet arrêt : J. ROELS et A. VAN REGENMORTEL, « De definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst : een standpunt dan ook de arbeidsgeneeskunde in zijn essentie bedreigt ? Commentaar bij het arrest van het Hof van Cassatie van 2 oktober 2000 », *Chron. D.S.*, 2002, p. 417.

² L'article 146, § 2, disposait que :
Avant de proposer la mutation ou l'écartement d'un travailleur, le médecin du travail devra procéder aux examens complémentaires appropriés. Il devra s'enquérir de la situation sociale du travailleur, examiner sur place les mesures et les aménagements susceptibles de maintenir à son poste de travail le travailleur malgré ses déficiences éventuelles. Le travailleur pourra se faire assister par son délégué syndical.
Le médecin communiquera à l'employeur et au travailleur les mesures à prendre pour remédier au plus tôt aux risques et exigences exagérés qu'il a relevés. Le comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail en sera informé.

L'article 146ter disposait en ses §§3 et 4 que :

§ 3. Sans préjudice des dispositions des §§ 1er et 2 ci-dessus, l'employeur s'efforcera d'affecter le plus rapidement possible à d'autres travaux conformes aux indications fournies par le médecin du travail, tout travailleur dont la fiche d'examen médical en fera la recommandation.

§ 4. Les possibilités de nouvelle affectation et les mesures d'adaptation sociale et professionnelle feront l'objet, si besoin est, d'un examen préalable entre l'employeur, le médecin du travail, le travailleur et des délégués du personnel au comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail ou, à leur défaut, des délégués syndicaux, choisis par le travailleur.

³ C. trav. Mons, 20 juin 2004, R.G. n° 16979, www.cass.be, citant notamment : Cass. (3^e ch.), 13 mars 1982, *J.T.T.*, 1982, p. 272 ; Cass., 1^{er} juin 1987, *J.T.T.*, 1987, p. 427.

⁴ C. trav. Liège (sect. Namur), 23 mars, *R.R.D.*, 1993, p. 297, précise que :

*il en est de même dans les cas où l'article 146 ter du R.G.P.T. prévoit que l'employeur continuera, dans la mesure du possible, à occuper le travailleur dans l'entreprise en l'affectant à d'autres tâches conformes aux recommandations du médecin du travail; l'existence de la force majeure n'est donc pas subordonnée à la démonstration par l'employeur qu'il lui est impossible de confier un autre poste au travailleur définitivement inapte à exécuter le travail convenu (J.MALLIE, "contrat de travail et incapacité définitive", *R.D.S.*, 1981, pp. 471 et suiv.).*

⁵ Nonobstant le fait qu'une partie de la doctrine considérait que l'article 146ter, § 3, du RGPT ne visait pas les seuls travailleurs soumis à des examens médicaux obligatoires (références citées M. DAVAGLE, *o.c.*, p. 79), elle fut considérée comme une simple obligation morale malgré, toutefois, la résistance de certaines juridictions de fond (Trib. trav. Huy, 10 janv. 1990, *R.D.S.*, 1990, p. 315 ; Trib. trav. Bruxelles, 6 oct. 1990, *J.T.T.B.*, 1990, p. 425 ; Trib. trav. Bruxelles, 6 sept. 1989, *Chron. D.S.*, 1991, p. 38 ; Trib. trav. Charleroi, 24 oct. 1983, *J.T.T.*, 1985, p. 122).

⁶ Invoquer à tort un cas de force majeure peut être constitutif d'une rupture abusive (C. trav. Liège, 14 déc. 2004, R.G. n° 6477/99, www.cass.be) *a fortiori* avec une obligation de reclassement.

s'agir d'une modification d'un élément du contrat, éventuellement par un avenant. Si on suit la thèse de la Cour de cassation dans son arrêt précité et que l'on considère que l'obligation de réinsertion est dissociée du contrat d'origine, il nous semble l'on peut partager l'opinion de P. PALSTERMAN qui écrit que « le travailleur qui refuserait sans motif légitime une telle proposition subira des conséquences quant à son indemnisation mais ne méconnaît pas ses obligations contractuelles vis à vis de l'employeur ». A défaut l'état d'incapacité ne serait pas une justification objective et raisonnable. A *contrario*, si on estime que la jurisprudence de la Cour devient inadaptée suite à l'arrêt royal de 2003, compte tenu de l'impossibilité d'exercer le travail convenu, on peut s'interroger sur le sort du travailleur qui refuse la modification du contrat. Certes, si l'employeur impose la modification, il demeure la possibilité d'invoquer l'acte équipollent à rupture, le tribunal appréciant dans ce dernier cas la légitimité des modifications apportées compte tenu de l'obligation de reclassement imposée à l'employeur. Mais en cas de simple proposition de l'employeur, la situation est moins claire : le refus du travailleur entraînera-t-il la constatation de la force majeure, son licenciement, ... ?

III. Conclusions

Les questions soulevées par l'utilisation, dans le cadre des relations de travail, des informations médicales sont nombreuses et complexes, et ce, que l'on se place sur le terrain de la médecine du travail, du traitement des données à caractère personnel, ou des conséquences de l'état de santé des travailleurs sur le contrat de travail. Nombreux sont les conflits de droits et d'intérêts opposant les différents acteurs - employeur, travailleur, conseiller en prévention-médecin du travail. Ainsi, l'intérêt de l'employeur qui souhaiterait connaître davantage d'informations médicales concernant son (futur) travailleur s'oppose au droit pour celui-ci de préserver sa vie privée et parfois aux obligations incombant au conseiller en prévention-médecin du travail dans le cadre de la mission de médecine préventive qu'il doit accomplir.

Cette matière a récemment fait l'objet de législations et réglementations qui n'ont malheureusement pas toujours été concertées au préalable et qui procèdent de logiques parfois fort différentes.

Ainsi, nous pensons que la réglementation de la surveillance de la santé au travail telle qu'elle résulte de l'arrêt royal du 28 mai 2003 qui définit clairement le rôle et les limites d'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail entraîne finalement une protection bien plus efficace de la vie privée des tra-

vailleurs et des candidats au travail qu'une disposition plus générale telle l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou encore l'article 11 de la convention collective n°38.

Parfois, néanmoins, les particularités liées au contexte de la relation de travail ont été intégrées dans certaines législations. Ainsi, l'article 27 de l'arrêt royal du 13 février 2001 qui interdit en principe que le traitement des données sensibles ne résulte que du consentement du travailleur, faisant ainsi état de la situation de dépendance dans laquelle se trouve le travailleur à l'égard de son employeur.

Il ne nous a pas non plus toujours paru aisé de tirer toutes les conséquences que les nouvelles dispositions sont susceptibles d'entraîner dans le cadre des relations de travail. Ainsi, on a vu que la loi du 25 février 2003 interdisant la discrimination pose beaucoup de questions notamment sur certains mécanismes de rupture du contrat de travail comme la rupture après une incapacité de plus de six mois. De même, l'arrêt royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé aura probablement des conséquences sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation relative à la rupture pour force majeure en cas d'incapacité définitive.

En outre, il arrive que la conjonction de dispositions protectrices restreigne fortement les prérogatives d'une partie. Ainsi, la conjonction des dispositions de la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, de l'arrêt royal du 28 mai 2003 relative à la surveillance de l'état de santé des travailleurs et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel rend très difficiles pour l'employeur la collecte et le traitement des informations médicales portant sur l'état de santé de ses travailleurs.

Enfin, la terminologie utilisée est différente selon les législations, ce qui ne contribue ni à la clarté, ni à la sécurité juridique. Ainsi, l'arrêt royal relatif à la surveillance de la santé des travailleurs utilise une terminologie nouvelle (évaluation de santé préalable, périodique, dossier de santé, formulaire d'évaluation de santé, ...) qui ne figure pas dans la loi du 28 janvier 2003 qui parle encore d'examen médicaux, de tests biologiques, ... De plus, l'interprétation donnée à certaines notions soulève des questions. Ainsi, dans le cadre de la législation relative au traitement des données à caractère personnel, on peut s'interroger sur la qualification de données qui sont couramment traitées par l'employeur dans le cadre des relations de travail telles les données contenues dans les certificats médicaux et les certificats d'aptitude qui lui sont délivrés. La qualification de ces données comme données relatives à la santé ne va-t-elle pas, entraîner des obligations lourdes à charge de l'employeur, comme par exemple l'obligation de traitement sous la responsabilité d'un

¹ Voir également notamment M. JAMOULLE (« La vie privée et le droit du travail, *o.c.*, pp. 19-54) : « seul le droit du travail est apte à offrir une solution juridique satisfaisante et suffisamment sécurisante à la problématique des rapports entre vie privée et relations professionnelles ».

professionnel de la santé de tout traitement contenant des données se rapportant à la santé¹.

Ce foisonnement de textes, de droits et d'obligations ne nous facilite pas la tâche de conclure cet article brièvement. Nous nous contenterons donc de rappeler certains points qui nous paraissent importants et de terminer par une observation plus générale.

S'agissant de la protection accordée aux travailleurs dans le cadre de la surveillance de leur santé, la législation et la réglementation ne nous paraissent plus laisser le moindre doute quant à l'illégalité des pratiques de sélection médicale. En effet, il semble clair que l'employeur ne peut faire pratiquer de sélection médicale, à l'embauche ou en cours de contrat que ce soit par l'intermédiaire de son conseiller en prévention-médecin du travail ou non.

Ensuite l'adoption de la législation anti-discrimination qui interdit toute discrimination en raison de l'état de santé, du handicap ou de toute caractéristique physique pose la question de la légitimité de certains mécanismes de dissolution du contrat, par exemple la possibilité de rompre le contrat moyennant indemnité après plus de six mois d'incapacité. L'incapacité de plus de six mois constitue-t-elle, dans ce cas, une exigence professionnelle essentielle et déterminante nécessaire pour éviter le caractère discriminatoire du licenciement ?

Enfin, l'existence de la législation relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ajoute certains mécanismes de protection et de garantie contre l'atteinte aux droits des travailleurs et des candidats au travail. Toutefois, cette législation n'est pas toujours très adaptée aux contraintes et aux réalités du contexte professionnel. Une nouvelle Directive adaptant ces principes aux relations de travail nous paraît souhaitable².

Nous concluons enfin en rappelant que l'employeur n'a pas de « droit à des travailleurs en bonne santé ». Il est en effet à craindre que dans le contexte actuel de précarisation de l'emploi, de marchandisation des travailleurs, de priorité absolue aux objectifs de rentabilité et de compétitivité, l'employeur ne soit tenté, pour reprendre les termes de T. COUTROT³, de mettre en marche une impitoyable logique sélective qui rejette sur le bord de la route les « bras cassés ». Or, c'est la vocation première du droit social de protéger la santé -le corps- de l'homme au travail⁴. Face à la tentation pour l'employeur de rendre ses travailleurs de plus en plus transparents, cette protection prend nécessairement la forme d'une certaine « mise en indisponibilité/opacité des corps des travailleurs ». Le paradoxe est que parfois droit au travail et protection de la santé des travailleurs ne paraissent pas compatibles. Le droit social n'atteindra cependant réellement son objectif que lorsque les logiques de sélection, de rupture de contrat, de discrimination auront fait place à des logiques de suspension du contrat, des mécanismes de prévention collective et individuelle, des systèmes de reclassement professionnel et d'adaptation des conditions de travail... Gageons que ces nouvelles législations, malgré les nombreuses questions qu'elles soulèvent, sont un premier pas dans la bonne direction.

¹ Cfr. *supra* le débat sur la notion de données relatives à la santé, données administratives, etc...

² Cfr. à cet égard la consultation par la Commission européenne des partenaires sociaux en vue d'adopter une législation relative à la protection des données à caractère personnel des travailleurs.

³ *Critique de l'organisation du travail*, Paris, La Découverte, 1999, p. 84.

⁴ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, o.c., p. 68 ; M.-L. MORIN, « L'évolution des relations de travail induit un nouveau partage des risques », *Le bel avenir du contrat de travail. Alternatives au social-libéralisme*, Paris, La Découverte, 2000, p. 135.